البناية في شرح الهداية

الجزء العاشر

للشيخ المحدث الفقيه
بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني
رحمه الله تعالى رحمة واسعة
٧٦٢ هـ ـــــ ٨٥٥ هـ

صححه وعلقه وعلق عليه
الشيخ المحدث المحقق فيض أحمد الملتاني قدس سره
١٣٤٠ هـ ـــــ ١٤٢٩ هـ

المكتبة الحقانية
ملتان ۞ پاکستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي منّ علينا بطبع الكتاب المستطاب

البناية في شرح الهداية

للشيخ المحدث الفقيه بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني
رحمه الله تعالى رحمة واسعة
٧٦٢هـ — ٨٥٥هـ

صححه وحققه وعلق عليه

مولانا مسعود احمد ابن مولانا فيض احمد الملتانى

الجزء العاشر

المكتبة الحقانية
ملتان ○ باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الفهرس للجزء العاشر من البناية شرح الهداية

كتاب البيوع

(كتاب البيوع) (١)

أي هذا كتاب في بيان احكام البيوع و هو جمع بيع و انما ذكره بالجمع لان تحته أنواع على ما يأتي. و هو(٢) في اللغة عبارة عن تمليك المال بالمال و كذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي فقيل هو عبارة في الشرع عن مبادلة المال بالمال على وجه التراضي. و في النهاية هو من الاضداد

(١) كتاب البيوع. راجع شرح المهذب ص١٤٥ ج٩ و المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٢ ج٤ و بدائع الصنائع للكاساني ص١٣٣ ج٥ و المبسوط للسرخسي ص١٠٨ ج١٢ و البحر الرائق ص٤٢٩ ج٥ و عمدة القارى ص١٥٨ ج١١ و فتح القدير ص٤٥٤ ج٥ و اوجز المسالك ص١ ج٥ و إعلاء السنن ص٢ ج١٤ و الفتاوى الهندية ص٢ ج٣. (٢)و هو في اللغة الخ. كذا في العناية ص٤٥٤ ج٥. و في المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٢ ج٤. البيع مبادلة المال بالمال تمليكا و تملكا و اشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ و الاعطاء و يحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه أي يصافحه عند البيع و لذلك سمي البيع صفقة و قال بعض أصحابنا هو الايجاب و القبول اذا تضمن عينين للتمليك و هو حد قاصر لخروج بيع المعاطاة منه و دخول عقود سوى البيع فيه. و في عمدة القارى ص١٥٩ ج١١. أما تفسيره لغة فمطلق المبادلة و هو ضد الشراء و البيع أيضا باعه الشيء و باعه منه جميعا فيهما و ابتاع الشيء اشتراه و أباعه عرضه للبيع و بايعه مبايعة و بياعا عارضه للبيع و البيعان البائع و المشترى و جمعه باعة عند كراع و البيع اسم البيع و الجمع بيوع و البياعات الأشياء المتبايعة للتجارة و رجل بيوع جيد البيع و بياع كثير البيع ذكره سيبويه فيما قاله ابن سيدة و حكى النووي عن أبي عبيدة أباع بمعنى باع قال و هو غريب شاذ و في الجامع أبعته أبيعه إباعة اذا عرضته للبيع و يقال بعته و أبعته بمعنى واحد و قال ابن طريف في باب فعل و أفعل باتفاق معنى باع الشيء و أباعه عن أبي زيد و أبي عبيدة رحمهما الله تعالى و في الصحاح و الشيء مبيع و مبيوع و البياعة السلعة و يقال بيع الشيء على ما لم يسم فاعله إن شئت كسرت الباء و ان شئت ضممتها و منهم من يقلب الياء واوا فيقول بوع الشيء و قال ابن قتيبة بعت الشيء بمعنى بعته و بمعنى اشتريته و شريت الشيء اشتريته و بمعنى بعته و يقال استبعته أي سألته البيع قال الخليل المحذوف من مبيع واو مفعول لأنها زائدة فهي أولى بالحذف و قال الأخفش المحذوف عين الكلمة و قال المازرى كلاهما حسن و قول الأخفش أقيس و قيل سمي البيع بيعا لأن البائع يمد باعه إلى المشترى حالة العقد غالبا ورد هذا بأنه غلط لأن الباع من ذوات الوا و البيع من ذوات الياء. و في البحر ص ٤٣٠ ج٥. المال في اللغة ما ملكته من شيء و الجمع أموال كذا في القاموس و في الكشف الكبير المال ما يميل اليه الطبع و يمكن ادخاره لوقت الحاجة و المالية انما ثبت بتمول الناس كافة أو بتقوم البعض و التقوم يثبت بها و باباحة الانتفاع له شرعا فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة و ما يكون ما لا بين الناس و لا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر و اذا عدم الامران لم يثبت واحد منهما كالدم اه و صرح في المحيط بان الخمر ليس بمال و ان العقد عليه لم ينعقد بخلاف ما لو باع شيئا بخمر فانه ينعقد في ذلك الشيء بالقيمة و سيأتي بيانه ان شاء الله و في الحاوى القدسي المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي و أمكن احرازه و التصرف فيه على وجه الاختيار و العبد و ان كان فيه معنى المالية و لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله و اهلاكه اه. و في المنحة على البحر: قوله (وصرح في المحيط بأن الخمر ليس بمال الخ) الظاهر أنه أراد بالمال المتقوم و إلا فلو لم تكن مالا لزم أن لا ينعقد البيع بجعلها ثمنا مع أنه ينعقد فاسدا.

....

و يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه و يتعدى الى المفعول الثاني بنفسه و بحرف الجر يقال باعه الشيء و باعه منه انتهى. ثم يحتاج الى معرفة جوازه و سببه و ركنه و شرطه و حكمه و أنواعه. فدليل جوازه الكتاب و هو قوله تعالى ﴿و أحل الله البيع و حرم الربا﴾ (١) و السنة و هو قوله عليه الصلاة و السلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يشوبه اللغو و الكذب فشوبوه بالصدقة رواه أبو داود (٢) من رواية قيس بن أبي غرزة و في رواية الترمذي عنه خرج علينا رسول الله ﷺ و نحن نسمى السماسرة فقال يا معشر التجار إن الشيطان و الإثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة. و قال حديث حسن صحيح. و إجماع الأمة فانه منعقد على جواز البيع و قد بعث رسول الله ﷺ و الناس يتبايعون فقررهم على ذلك. و أما سببه فتعلق البقاء المقدور بتعاطيه. وأما ركنه فالإيجاب و القبول على ما يأتي. و أما شرطه فأنواع: منها في العاقد و هو أن يكون عاقلا مميزاً. و منها في الآلة و هو أن يكون بلفظ الماضي و منها في البيع و هو أن يكون مالاً متقوما و ان يكون مقدور التسليم. و منها التراضي. و منها شرط النفاذ. و هو الملك او الولاية. و أما (٣) حكمه فملك البائع الثمن و المشترى المبيع. و أما أنواعه فبيع العين بالعين و هو بيع المقايضة و بيع العين بالدين نحو بيع العين بالأثمان المطلقة و هو المطلق في البيع عن القيد

---

(١)حرم الربا؛ البقرة:٢٧٥. و قوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم؛ البقرة:١٩٨. و قوله تعالى و أشهدوا اذا تبايعتم؛ البقرة:٢٨٢. و قوله تعالى يأيها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم؛ النساء:٢٩. و قوله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض و ابتغوا من فضل الله؛ الجمعة:١٠. (٢)رواه أبو داودٌ في البيوع باب في التجارة يخالطها الحلف و اللغو ص١١٦ ج٢. حدثنا مسدد نا ابو معاوية عن الاعمش عن أبي وائل عن قيس بن أبي غرزة رضى الله تعالى عنه قال كنا فى عهد رسول الله ﷺ نسمى السماسرة فمر بنا النبى ﷺ فسمانا باسم هو أحسن منه فقال يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو و الحلف فشوبوه بالصدقة حدثنا الحسين بن عيسى البسطامي و حامد بن يحيى و عبد الله بن محمد الزهرى قالوا نا سفين عن جامع بن أبي راشد و عبد الملك بن أعين و عاصم عن أبي وائل عن قيس بن أبي غرزة رضى الله تعالى عنه بمعناه قال يحضره الكذب و الحلف و قال عبد الله الزهرى اللغو و الكذب و رواه الترمذيٌ في البيوع باب ما جآء في التجار و تسمية النبى ﷺ إياهم ص١٤٥ ج١ حدثنا هناد نا ابوبكر بن عياش عن عاصم عن أبي وائل عن قيس بن أبي غرزة رضى الله تعالى عنه قال خرج علينا رسول الله ﷺ الحديث. (٣)و أما حكمه الخ. و فى عمدة القارى ص١٥٩ ج١١. و أما حكمه فهو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع و للبائع فى الثمن اذا كان تاما و عند الاجازة اذا كان موقوفا. و أما حكمته فهى كثيرة منها إتساع أمور المعاش و البقاء و منها إطفاء نار المنازعات و النهب و السرق و الطر و الخيانات و الحيل المكروهة و منها بقاء نظام المعاش و بقاء العالم لأن المحتاج يميل إلى ما فى يد غيره فبغير المعاملة يفضى إلى التقاتل و التنازع و فناء العالم و اختلال نظام المعاش و غير ذلك.

قال البيع ينعقد بالإيجاب و القبول إذا كانا بلفظى الماضي مثل أن يقول أحدهما بعت و الآخر اشتريت

و بيع الدين بالدين و هو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق كبيع الدراهم و الدنانير بالدراهم و الدنانير و هو بيع الصرف و بيع الدين بالعين و هو السلم فان المسلَم فيه مبيع و هو دين. و بيع المرابحة و بيع التولية و بيع الوضيعة و بيع الاستصناع و البيع بالخيار. فإن قلت ما المناسبة بين كتاب البيع و بين كتاب الوقف حتى ذكره عقيب الوقف. قلت المناسبة من حيث أن في كل منهما معنى إزالة الملك ففي الوقف يزول الملك عن الواقف بعد حكم الحاكم من غير أن يدخل في ملك الموقوف عليه و في البيع يزول الملك عن البائع و يدخل في ملك المشترى فكان الوقف كالمفرد و البيع كالمركب و المفرد سابق على المركب فلذلك أخر ذكر البيع عنه. (قال) أي القدوريّ في مختصره (البيع (١) ينعقد بالإيجاب و القبول اذا كانا بلفظى الماضي) هذا لفظ القدوريّ. و قال المصنفّ (مثل أن يقول أحدهما بعت و الآخر) يقول (اشتريت) و المراد من الانعقاد انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً و الايجاب عبارة عما يتقدم من أحد العاقدين من قولهما بعت و اشتريت و سمي به لان الإيجاب نقيض

---

(١) البيع ينعقد الخ. قال العلامة ابن نجيمٌ في البحر الرائق شرح كنز الدقائق ص٤٣٩ ج٥. (قوله البيع يلزم بايجاب و قبول) أي حكم البيع يلزم بهما لانه جعلهما غيره و أنه يلزم بهما مع أن البيع ليس الا هما لانهما ركناه على ما حققناه و ما قيل انه معنى شرعى كما قدمناه فليس هو الا الحكم فالمتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين أعنى الشطرين بوضعهما سببا له شرعا و ليس هنا شيء ثالث كذا حققه في فتح القدير و قد يقال لا حاجة الى هذا التكلف اذ يصح الكلام بدونه لان الانعقاد كما فى العناية تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا و فى البناية أنه انضمام كلام أحدهما للآخر على وجه يظهر أثره في المحل اه و هو أمر ثالث غير الايجاب و القبول و البيع مجموع الثلاثة فصح التركيب و في شرح الوقاية من كتاب النكاح فالعقد ربط أجزاء التصرف أي الايجاب و القبول شرعا لكن هنا أريد بالعقد الحاصل بالمصدر و هو الارتباط لكن النكاح الايجاب و القبول مع ذلك الارتباط و انما قلنا هذا لان الشرع يعتبر الايجاب و القبول أركان عقد النكاح لا أمورا خارجية كالشرائط و نحوها و قد ذكرت في شرح التنقيح فى فصل النهى كالبيع فان الشرع يحكم بان الايجاب و القبول الموجودين حسا يرتبطان ارتباطا حكميا فيحصل معنى شرعي يكون ملك المشترى أثرا له فذلك المعنى هو البيع فالمراد بذلك المعنى المجموع المركب من الايجاب و القبول مع ذلك الارتباط للشيء لا ان البيع مجرد ذلك المعنى الشرعى و الايجاب و القبول آلة له كما توهم البعض لان كونهما أركانا ينافى ذلك اه و هو تقرير حسن و قال فى كتاب البيع المبادلة علة صورية للبيع و الايجاب و القبول و التعاطى علة مادية و المبادلة تكون بين اثنين فهى العلة الفاعلية و سكت عن العلة الغائية هنا و ذكرها فى النكاح و هى هنا الملك وثمة المصالح المتعلقة بالنكاح و ذكر الشمنى أن المعنى أنه ينعقد بمجموع الايجاب و القبول اه و فى القاموس عقدت الحبل و العهد و البيع =>

لأن البيع انشاء تصرف و الانشاء يعرف بالشرع و الموضوع للاخبار

السلب و هو الإثبات. و المتكلم منهما اولاً بقوله بعت و اشتريت يريد اثبات العقد بشرط أن ينضم اليه قبول الآخر و سمي به لان قوله بعت أو اشتريت فعل و الفعل صرف الممكن من الإمكان الى الوجوب (١) و كان قوله بعت أو اشتريت إيجاباً لانه قبل التلفظ به كان في حيز الإمكان فصار بعد التلفظ واجب الوجود لغيره ثم سمي كلام الآخر قبولاً لما أوجبه الاخر و إن كان هو أيضاً إيجاباً في الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقدين من اللاحق. (لان البيع (٢) إنشاء تصرف) الإنشاء إثبات ما لم يكن و يراد به الايجاد للحال و معنى قوله إنشاء تصرف ان هذا التصرف انشاء لان المبادلة ما كانت ثابتة و قد ثبتت بعد صدور اللفظين فيكون إنشاء (و الإنشاء يعرف بالشرع) لا من حيث الحقيقة كالأكل و غيره فانه إنشاء حقيقة. فاذا احتاج المكلف اليه

=> فانعقد اه فان قلت فما معنى قولهم البيع ينعقد و كذا أمثاله فان المعنى العقد ينعقد قلت المعنى العقد الشرعي الخاص يثبت بالايجاب و القبول و في القاموس عقد الحبل و البيع و العهد يعقده شده و في تفسير الفخر الرازي العقد وصل الشيء بالشيء على سبيل الاستيثاق و الاستحكام اه و في تفسير القاضي و أصل العقد الجمع بين الشيئين بحيث يعسر الانفصال بينهما اه و العقد شرعا على ما في التوضيح ربط القبول بالايجاب و أما حمل كلام المستصفى على الحكم الذي هو الملك فليس بظاهر لانه قال البيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الايجاب و القبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف اه و لا يصح حمله عليه لأن الحكم لا يظهر عندهما انما يظهر بهما عقيبهما لان حكم الشيء يعقبه و لانه جعل القدرة على التصرف غاية لذلك الاثر و القدرة هي الملك فلا يصح أن يراد بذلك الاثر الملك لان المغيا غير الغاية فافهم هذا التقرير فانه دقيق و الايجاب لغة الالتزام و الاثبات و في الفقه في المعاملات ما يذكر أولا من كلام المتعاقدين الدال على الرضا و سمي به لانه يثبت خيار القبول للآخر و سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كان يبدأ المشتري و القبول في اللغة من قبلت العقد أقبله من باب تعب قبولا بالفتح و الضم لغة حكاها ابن الاعرابي كذا في المصباح و في الفقه اللفظ الصادر ثانيا الواقع جوابا للاول و لذا سمي قبولا هكذا عرفه الجمهور و خالفهم في فتح القدير فعرفه بانه الفعل الصادر ثانيا قال و انما قلنا بانه الفعل الاعم منه و من القبول فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فاكله تم البيع و أكله حلال و الركوب و اللبس بعد قول البائع اركبها بمائة و البسه بكذا رضا بالبيع و كذا اذا قال بعته بالف فقبضه و لم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ففي جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتك بالف من صور التعاطي كما فعل بعضهم أي في غاية البيان نظر كما لا يخفى اه و لا حاجة الى تغيير كلام القوم و ما ذكره من الفروع انما هو من باب ان القبول يقوم مقامه فعل و لهذا قال في الخانية يقوم القبض مقام القبول و في التتارخانية اشتريت طعامك هذا بالف فتصدق به ففعل في المجلس و لم يتكلم جاز و ان تفرقا لا. (١)الوجوب أي التحقق و الثبوت كذا في الكفاية. (٢)لأن البيع إنشاء تصرف الخ. و في العناية ص ٤٥٦ ج٥. لأن البيع إنشاء تصرف شرعي و كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع إنشاء فلأن الانشاء اثبات ما لم يكن و هو صادق على البيع لا محالة و أما كونه شرعيا فلأن الكلام في البيع شرعا و أما أن كل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع لأن تلقي الأمور الشرعية لا يكون إلا منه.

قد استعمل فيه فينعقد البيع به و لا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح

لا بد من استعمال لفظ يدل عليه و الشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الإنشاء و الواضع ما وضع للانشاء لفظاً خاصاً فيجوز بالشرع استعمال اللفظ الذي وضع للاخبار عن الماضي للإنشاء دفعاً لحاجته و هو معنى قوله (و الموضوع (١) للاخبار) و هو لفظ بعت و اشتريت (قد استعمل فيه) أي في الإنشاء فاذا كان كذلك (فينعقد البيع به) أي بهذا اللفظ الموضوع للاخبار الذي استعمل أي في الانشاء و إنما خص (٢) بهذه اللفظة للمناسبة بين الانشاء و الإخبار لان الإنشاء تحقيق الشيء و الاخبار يستدعى تحقيق المخبر به سابقاً ليصح الكلام حكمة و عقلاً فصار الوجود حقاً له بمقتضى الحكمة. فاذا وجد الانشاءو الإيجاد يختار اللفظ الذي يلزمه الوجود أعني لفظ الاخبار عن الماضي و هو أن يقول أحدهما بعت و الآخر يقول اشتريت أما إذا قال أبيع منك أو قال بعني لم ينعقد البيع لأن الأول عدة ما وعد و اليه أشار المصنفؒ بقوله. (و لا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل) أي أحد اللفظين لفظ (٣) المستقبل مثل أبيع منك أو لفظ بعني كما ذكرنا. و قيل (٤) هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلاً بدون نية الإيجاب في الحال. و أما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع كذا ذكره الطحاويؒ لأن قوله أبيع منك أو بعني وضع للحال و في وقوعه للاستقبال ضرب تجوز كذا أورده السيرافيؒ في شرح الكتاب. (بخلاف النكاح) يعني أنه ينعقد بذلك فإن أحدهما اذا قال زوجني فقال الآخرزوجتك فقد انعقد

(١)و الموضوع الخ. و في الدرر أراد بالموضوع للاخبار لفظ الماضي إذ اللام فيه للعهد فلا وجه للاعتراض عليه بأنه لا بد من ضم شيء الى ذلك و هو أن يقال و كان استعماله بلفظ الماضي و الا لا يتم الدليل. كذا في حواشي الهداية. (٢)و انما خص الخ. نحوه في الكفاية ص٤٥٧ ج٥. (٣)لفظ المستقبل الخ. و في السقاية لعطشان الهداية المراد بالمستقبل الامر لدلالة السياق و هو قوله بخلاف النكاح الخ عليه و لا وجه لحمله على المضارع لاباء قوله لا ينعقد عنه فان عدم الانعقاد بلفظ المضارع مقيد بما اذا لم ينوبه الحال فانه حينئذ يكون عدة لا بيعا و أما اذا نوى به الحال فينعقد به البيع أيضا كما هو مصرح في غاية البيان و من ههنا ظهر أن ما صنعه شيخ الاسلام بدر الدين العينيؒ في البناية شرح الهداية من حمل لفظ المستقبل على الامر و المضارع و ما فعله الا نزاريؒ في غاية البيان من حمله على المضارع فقط ليس بجيد. فان قلت هذا يخالف ما ذكره المصنفؒ بعد سطر من أن خذه بكذا في معنى بعت و اشتريت فان قوله خذه امر فكيف ينعقد به البيع قلت انه ليس امرا بالبيع بل امر باخذه و هو لا يكون الا بالبيع فيقدر البيع اقتضاء لتصحيح المنطوق فمعنى قوله خذه بعت ذلك فخذه فالحاصل أن ما يدل على انشاء البيع و لو اقتضاء ينعقد به البيع و ما لا فلا. كذا في الحاشية للعلامة محمد عبد الحى اللكنوىؒ. (٤)قيل هذا الخ. كذا في العناية ص٤٥٧ ج٥. و في البحر الرائق ص٤٤٢ ج٥. و أطلق في الايجاب و القبول و لم يقيدهما بالماضى كما في الهداية لأن التحقيق أنه لا يتقيد بذلك لانعقاده بكل لفظين ينبئان عن معنى التملك و التمليك ماضيين أو حالين كما في الخانية لكن ينعقد بالماضى بلانية و بالمضارع بها على الأصح كذا في البدائع و انما أحتيج إليها مع =>

و قد مر الفرق هناك و قوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعت و اشتريت لأنه يؤدي معناه و المعنى هو المعتبر في هذه العقود

(و قد مر الفرق هناك) أي مر الفرق بين البيع و النكاح في كتاب (١) النكاح. و أشار به الى ما قال ثمة بقوله لان هذا توكيل بالنكاح و الواحد يتولى طرفي النكاح. (و قوله) أي قول المشتري (أخذت) في قول البائع بعت (أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا) أي قول البائع أيضا في جواب قول المشتري اشتريت أعطيتك بكذا من الدرهم أو خذه بكذا من الدرهم (في معنى قوله بعت و اشتريت) فقوله في معنى بعت يرجع الى قول المشتري أخذت و قوله اشتريت يرجع الى قول المشتري في جواب قوله للبائع أعطيتك بكذا أو خذه بكذا و كذا لو قال المشتري قبلت أو رضيت أو أجزت و ما أشبه ذلك. و لا فرق بين أن يكون البادي البائع أو المشتري. و الحاصل أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت أو اشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به (لأنه يؤدي معناه) أي لأن قوله رضيت إلى آخره يؤدي معنى قوله بعت و اشتريت فإن معنى الإعطاء و الأخذ يتضمن معنى البيع لأن الأمر بالأخذ بالبدل يستدعي سبق البيع (و المعنى هو المعتبر في هذه العقود) أي في هذه العقود الشرعية. و احترز (٢) به عن الطلاق و العتاق. فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى و لا خلاف فيه للأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى. و في الإيضاح هذا أصل لنا في جميع العقود إلا ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن المفاوضة (٣) لا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة لأن هذا العقد

=> كونه حقيقة للحال عندنا على الأصح لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازا كذا في البدائع و هو المراد بقول بعضهم انه ينعقد في المستقبل بالنية و في القنية انما يحتاج إلى النية اذا لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال لا للوعد و الاستقبال فان كان كذلك كاهل خوارزم لا يحتاج إليها و انما قيده به في الهداية لاخراج المستقبل فقط أمرا أو مضارعا مبدوأ بالسين أو سوف كما في الخانية ما لم يؤد معناهما فيقال ان دل الامر على المعنى المذكور انعقد به كخذه بكذا فقال أخذته فانه كالماضي يستدعي سابقة البيع الا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع و استدعاء خذه بطريق الاقتضاء كما لو قال بعتك فخذ عبدى هذا بالف فقال فهو حر عتق و يثبت اشتريت اقتضاء و يصير قابضا بخلاف ما لو قال و هو حر فلا يعتق كقوله هو حر و في الخانية لو قال بعد الايجاب أنا آخذه لا يكون بيعا و لو قال أخذته جاز و لو قال لقصاب زن من هذا اللحم كذا بدرهم ففعل لا يكون بيعا و كان للآمر الامتناع من أخذه و لو قال زن لي من موضع كذا من هذا اللحم بكذا درهما فوزنه من ذلك الموضع كان بيعا و ليس له الامتناع اه و بهذا علم أن ما في الحاوى القدسي من أن المضى منهما شرط في كل عقد الا النكاح تساهل. (١)في كتاب النكاح البناية ص ١٢ ج٦. و في الكفاية ص٤٥٨ ج٥. و الفرق أن النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة و الخطبة و هما يدلان على أن المراد الحال أما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله أبيعك عدة و بعنى استياما و طلبا و ذا لا يدل على الوجود لا محالة. (٢)احترز به الخ. كذا في فتح القدير ص٤٥٩ ج٥ و البحر الرائق ص٤٥١ ج٥. (٣)أن المفاوضة الخ. و في البحر ص٤٥١ ج٥. و لا يلزم على أصحابنا شركة المفاوضة فانهم قالوا =>

و لهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس و الخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

يشتمل على معان و شروط و العاقدون لم يمكنهم استيفاء ذلك حتى لو استوفى بلفظ آخر جاز. (و لهذا) أي و لأجل أن المعنى هو المعتبر في العقود (ينعقد) أي البيع (بالتعاطي) و هو أن البائع يعطي المبيع و لا يتلفظ بشيء و المشتري يعطي الثمن كذلك (في النفيس و الخسيس) قال الاترازي النفيس (١) هو الذي يكثر ثمنه كالعبد و نحوه و الخسيس ما يقل ثمنه كالبقل و الرمانة و الخبز و اللحم و نحو ذلك و قال الكاكي الخسيس ما يكون قيمته دون نصاب السرقة و النفيس ما يكون قيمته مثله أو فوقه (هو الصحيح) احترز به (٢) عن ما روي عن الكرخي أن البيع بالتعاطي إنما ينعقد بالأشياء الخسيسة دون النفسية. و عامة المشايخ لم يفرقوا بينهما و المشهور (٣) من مذهب الشافعي رحمه الله تعالى أن البيع لا ينعقد بالتعاطي. و قال مالك رحمه الله تعالى ينعقد البيع بكل ما يعده الناس بيعاً و به قال بعض أصحاب الشافعي (لتحقق المراضاة) يعني من الجانبين و في الإيضاح انعقاد البيع يكون بالألفاظ و بالتعاطي فالألفاظ كل لفظين (٤) ينبئان عن معنى التمليك بصيغة الماضي أو الحال دون الأمر و المستقبل و في جمع (٥) النوازل

=> انها تنعقد بلفظ المفاوضة فقط لأن عقد المفاوضة لما توقف على شروط لا يهتدى إلى استيفائها العوام فى معاملاتهم حتى لو كانا عالمين بشروطها فعقدوها بلفظ آخر مع استيفاء الشروط صح كذا فى شرح المجمع اهـ.

(١)النفيس الخ. كذا فى الكفاية. (٢) احترز به الخ. كذا فى فتح القدير و العناية و الكفاية. (٣)و المشهور من مذهب الشافعي رحمه الله تعالى الخ. قال النووي فى شرح المهذب ص١٦٢ ج٩. المشهور من مذهبنا أنه لا يصح البيع الا بالايجاب و القبول و لا تصح المعاطاة فى قليل و لا كثير و بهذا قطع المصنف و الجمهور رحمهم الله تعالى و فيه وجه مشهور عن ابن سريج أنه يصح البيع بالمعاطاة ثم ان الغزالى و المتولى و صاحب العدة و الرافعي و الجمهور رحمهم الله تعالى نقلوا عن ابن سريج انه تجوز المعاطاة فى المحقرات و اختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعا و قال مالك رحمه الله تعالى كلما عده الناس بيعا فهو بيع و ممن اختار من أصحابنا أن المعاطاة فيما يعد بيعا صحيحة و أن ما عده الناس بيعا فهو بيع صاحب الشامل و المتولى و البغوى و الروياني رحمهم الله تعالى و كان الروياني يفتي به و قال المتولى و هذا هو المختار للفتوى و كذا قاله آخرون و هذا هو المختار اهـ ملخصا. و فى المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٤ ج٤. الضرب الثانى المعاطاة فهذا بيع صحيح نص عليه أحمد فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز قال كذا بدرهم قال زنه و تصدق به فاذا وزنه فهو عليه و قول مالك رحمه الله تعالى نحو من هذا فانه قال يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا. (٤)كل لفظين الخ. و فى الهندية ص٤ ج٣. قال أصحابنا رحمهم الله تعالى كل لفظين ينبئان عن التمليك و التملك على صيغة الماضى أو الحال ينعقد بهما البيع كذا فى المحيط فارسية كانت أو عربية أو نحوهما هكذا فى التتارخانية. و أما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين و سوف أو الأمر فلا ينعقد به الا اذا دل الامر على المعنى المذكور كخذه بكذا فقال أخذته فانه كالماضى كذا فى النهر الفائق. ثم اذا كان بلفظ الامر فلا بد من ثلاثة ألفاظ كما اذا قال البائع اشتر منى فقال اشتريت فلا ينعقد ما لم يقل البائع بعت أو يقول المشترى بع منى فيقول بعت فلا بد من أن يقول ثانيا اشتريت كذا فى السراج الوهاج اهـ ملخصا. (٥)و فى جمع النوازل الخ. =>

....

قال أ تبيعني عبدك بألف باستفهام فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم. و في فتاى قاضي خان اشتريت (١) عبدك بألف فقال فعلت أو نعم أو هات الثمن صح و إلا فلا. و كذا (٢) الإقالة. و في المحيط سماع المتعاقدين الإيجاب و القبول شرط للانعقاد و لو سمع أهل المجلس و قال البائع لم أسمعه و ليس به وقر لم يصدق. و لو (٣) قال كل هذا الطعام بدرهم لي عليك فأكل تم البيع و أكله حلال و الأكل و الركوب و اللبس بعد قول البائع بعت رضي بالبيع. و لو قال (٤) وهبت لك هذه الدار بألف درهم أو بعت العبد بثوبك هذا فرضي كان بيعا بالاجماع. و لو قال إن أديت ثمنه فقد بعته منك فأداه ثمنه في المجلس صح استحساناً و لو (٥) قال هو لك بكذا إن وافقك أو قال إن أعجبك أو إن أردت فقال وافقني أو أعجبني أو أردت جاز. و لو قال بعته من فلان غائب فحضر الغائب فى المجلس و قال اشتريت صح. و لو قال رسوله فبلغه فقال اشتريت صح و الواحد لا يتولى طرفي العقد إلا الأب يشتري مال ولده الصغير لنفسه أو الوصي مال اليتيم لنفسه أو القاضي بأمره أو العبد نفسه من مولاه بأمره و في أجناس (٦) الناطفي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع. و كذا لو قال مثله للقصاب فوزنه و هو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع من دفع الثمن و أخذ اللحم أو امتنع من دفع اللحم أجبرهما القاضي عليه. و عن (٧) محمد رحمه الله تعالى أن بيع التعاطي كما يثبت بقبض البدلين يثبت بقبض أحدهما.

=> و فى الخانية ص٣٣٩ ج٢. رجل قال لصاحب عبد أ بعتنى عبدك هذا بألف درهم أو قال أ تبيع عبدك هذا بألف درهم على وجه الاستفهام فقال نعم فقال المشترى قد أخذته قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو بيع لازم.
(١)اشتريت عبدك الخ. و فى الهندية ص٤ ج٣. قال لغيره اشتريت عبدك بألف درهم فقال البائع قد فعلت أو قال نعم أو قال هات الثمن صح البيع بينهما و هو الأصح كذا في جواهر الأخلاطى. (٢)و كذا الاقالة. و فى الخانية ص٣٣٨ ج٢. و لو قال أقيلك هذا العبد بألف درهم فقال الآخر قبلت اختلفوا فيه و قال أبوبكر الاسكاف ينعقد البيع بينهما بلفظ الاقالة و قال الفقيه أبو جعفر لا ينعقد و به أخذ الفقيه أبو الليث و هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. و في الهندية ص٤ ج٣. و ينعقد البيع بلفظ السلم باتفاق الروايات كذا فى المحيط. (٣)و لو قال الخ. و فى الهندية ص٦ ج٣. اذا قال لغيره كل هذا الطعام بدرهم لى عليك فأكله كان هذا بيعا و كان ما أكل حلالا له ذكره شمس الأئمة السرخسى فى شرح كتاب الاستحسان كذا فى المحيط. (٤)و لو قال وهبت الخ. كذا فى فتح القدير ص٤٥٨ ج٥. (٥)و لو قال هو لك الخ. و فى الهندية ص٥ ج٣. و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى لو قال لآخر عبدى هذا لك بألف ان أعجبك فقال أعجبنى فهذا بيع كذا فى الخلاصة و كذلك اذا قال ان وافقك فقال وافقنى و كذلك اذا قال ان أردت أو هويت فقال أردت أو هويت فهذا بيع كله فى الجواب و أما فى الابتداء فلا يلزمه كذا فى الذخيرة و نحوه فى الخانية ص٣٣٩ ج٢. (٦)و فى أجناس الناطفى الخ. كذا فى فتح القدير ص٤٦٠ ج٥. (٧)و عن محمد رحمه الله تعالى و فى البحر الرائق ص٤٥٢ ج٥. و حقيقة التعاطي وضع الثمن =>

قال و إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس و إن شاء رده و هذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه و إذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير

و قال صدر القضاةِّ و غيره أن بيع التعاطي بيع و ان لم يوجد تسليم الثمن. (قال) أي القدوريّ (و إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس و إن شاء رده) إلى هنا كلام القدوريّ و معنى أوجب أثبت و حقق بأن قال بعت أو قال اشتريت و المراد بالايجاب ما يبدئ من لفظه بعت أو اشتريت أو ما يقوم مقامهما. قال المصنفّ (و هذا خيار القبول) أي الخيار الذي ذكره القدوريّ خيار القبول (لأنه) أي لأن أحد (١) المتعاقدين (لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه) فيكون مجبوراً و انتفى التراضي فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً و هذا (٢) خلف (و إذا لم يفد الحكم) أي إذا لم يفد إيجاب أحدهما الحكم (بدون قبول الآخر فللموجب) أي البائع أو المشترى (أن يرجع) قبل قبول الآخر (لخلوه عن إبطال حق الغير) فان (٣) قلت يثبت للمشتري حق التملك بقول البائع فيكون الرجوع إبطالاً. قلت هذا الحق ثبت له

=> و أخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ و هو يفيد أنه لا بد من الاعطاء من الجانبين لأنه من المعاطاة و هى مفاعلة فتقتضى حصولها من الجانبين كالمضاربة و المقاسمة و المخاصمة و عليه اكثر المشائخ رحمهم الله تعالى كما ذكره الطرسوسيّ و أفتى به الحلوانيّ و فى البزازية أنه المختار و صحح فى فتح القدير (ص ٤٦٠ ج٥) أن إعطاء أحدهما كاف و نص محمد رحمه الله تعالى على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين و هذا ينتظم المبيع و الثمن و نصه فى الجامع على أن تسليم المبيع يكفى لا ينفى الآخر و اكتفى الكرمانيّ بتسليم المبيع مع بيان الثمن أما اذا دفع الثمن و لم يقبض المبيع لا يجوز لأن المبيع أصل الا اذا كان بيع مقايضة كذا فى البزازية فقد تحرر أن فى المسئلة ثلاثة أقوال و فى القاموس التعاطى التناول و هكذا فى الصحاح و المصباح و هو انما يقتضى الاعطاء من جانب و الأخذ من جانب لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسيّ و أصل الاختلاف انما نشأ من كلام الامام محمد رحمه الله تعالى فانه ذكر بيع التعاطى فى مواضع فصوره في موضع بالاعطاء من الجانبين ففهم البعض أنه شرط و صوره فى موضع بالاعطاء من أحدهما ففهم البعض بأنه يكتفى به و صوره فى موضع بتسليم المبيع ففهم البعض على أن تسليم الثمن لا يكفى كما ذكره فى الذخيرة و صورته من أحدهما أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشترى المتاع و يذهب به برضا صاحبه من غير دفع الثمن أو يدفع الثمن المشترى للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع فان البيع لازم على الصحيح حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضى و هذا فيما ثمنه غير معلوم أما الخبز و اللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن كما فى البزازية. (١)لأن أحد المتعاقدين الخ. أقول أنت خبير بأنا لم نفرض في صورة الرد بيعا حتى يلزم خلاف المفروض مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنفّ و لا يتعلق بها الغرض فالأولى فى التعليل طى ذكره من البين أو يقال فى التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلا فليتأمل. كذا فى السعدية. (٢)هذا خلف. أقول انما يلزم ذلك اذا كان انتفاء التراضي مستلزما لانتفاء البيع و هو ممنوع ألا يرى أن بيع المكره منعقد. كذا فى السعدية. (٣)فان قلت الخ. نحوه فى العناية و فتح القدير ص ٤٦٠ ج٥.

و إنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر و تحقيقاً لليسر و الكتاب كالخطاب و كذا الإرسال

من جهة البائع فيكون له إبطال ما أثبته. فان قيل يشكل بما اذا عجل الزكاة إلى الساعي قبل الحول حيث لا يجوز له حق الاسترداد لتعلق حق التملك للفقير. أجيب بأن الأصل موجود و هو النصاب و الوصف ثابت و هو النماء فلا يرجع لأجل ثواب الأصل. و لا كذلك ها هنا لأن الأصل ما وجد بل وجد شطره فلا يكون البيع موجودا. (و إنما يمتد إلى آخر المجلس) هذا يجوز (١) أن يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد و القبول بالمجلس و لم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول أو لم لا يتوقف على ما وراء المجلس. تقرير الجواب أن امتداده إلى آخر المجلس (لأن المجلس جامع المتفرقات) كما فى الصرف و السلم و خيار المخيرة و قراءة آية السجدة (فاعتبرت ساعاته) أي ساعات المجلس (ساعة واحدة) كما فى الأشياء المذكورة. و إنما فعل كذلك هنا أيضاً (دفعاً للعسر) أي لأجل دفع العسر عن البائع و المشتري جميعاً. أما عن المشترى فلأن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً له و أما عن البائع فلأن في إبقائه فيما وراء المجلس عسراً له في التوقف و في التوقف على المجلس يسر لهما جميعاً. و أشار اليه بقوله (و تحقيقاً (٢) لليسر) أي و لأجل تحقيق اليسر فى حقهما. فان (٣) قيل فلم لا يكون الخلع و العتق على مال كذلك. قلنا فانهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج و المولى فكان ذلك مانعاً عن الرجوع فى المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس. (و الكتاب (٤) كالخطاب) إذ الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر فان النبي ﷺ كان يبلغ تارة بالكتاب و تارة بالخطاب. فلو لم يكن الكتاب كالخطاب لم يكن النبي ﷺ مبلغاً به قاله تاج الشريعة. و صورة (٥) الكتابة أن يكتب إلى رجل أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا فلما بلغه الكتاب و قرأ و فهم ما فيه و قبل في المجلس صح البيع (و كذا الإرسال) أي و كذا

---

(١)هذا يجوز الخ. كذا فى العناية ص ٤٦٠ ج٥. (٢)تحقيقاً لليسر. قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر و لا يريد بكم العسر؛ البقرة:١٨٥. (٣)فان قيل الخ. كذا فى العناية ص ٤٦٠ ج٥. (٤)و الكتاب كالخطاب. و فى غاية البيان معزيا إلى مبسوط شيخ الاسلام الخطاب و الكتاب سواء الا في فصل واحد و هو أنه لو كان حاضرا يخاطبها بالنكاح فلم تجب فى مجلس الخطاب ثم أجابته فى مجلس آخر فان النكاح لا يصح و فى الكتاب اذا بلغها و قرأت الكتاب و لم تزوج نفسها منه فى هذا المجلس ثم زوجت نفسها منه فى مجلس آخر عند الشهود و قد سمعوا كلامها و ما فى الكتاب يصح لأن الغائب انما صار مخاطبا لها بالكتاب و هو باق فى المجلس الثانى اهـ كذا فى البحر الرائق ص ٤٥٠ ج٥. (٥)صورة الكتابة الخ. كذا فى فتح القدير ص ٤٦١ ج٥.

حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب و أداء الرسالة.

الارسال كالخطاب. صورته (١) أن يقول الرجل إذهب إلى فلان و قل له ان فلاناً با ع عبده فلاناً منك بكذا فجاءه الرسول و أخبره بما قال فقال فلان في مجلسه ذلك اشتريت أو قبلت تم البيع. و عند (٢) الشافعي رحمه الله تعالى ينعقد في صورة الكتابة على أصح الوجهين إذا كانت مقرونة بالنية و في وجه لا ينعقد و بالرسالة ينعقد كما في الكفالة كذا في شرح الوجيز. و في الحلية لو كتب إليه بيع سلعة منه لم يصح في أصح الوجهين. و في المجتبى (٣) يصح الرجوع عن الرسالة. و لو بلغه الرسول بغير أمره فقال اشتريت لم يجز. و لو كتب اليه (٤) بعنى بكذا فوصل اليه فكتب اليه بعتك لم يتم ما لم يقل الكاتب إشتريت. و لو كتب اليه اشتريت بكذا فكتب اليه بعت تم البيع. و لو قال بعته من فلان الغائب و حضر الغائب في الجلس و قبل صح. (حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب و أداء الرسالة) هذا نتيجة قوله و الكتاب كالخطاب و كذا الإرسال و قوله حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب يرجع الى قوله و الكتاب كالخطاب و قوله و أداء الرسالة يرجع الى قوله و كذا الارسال. و في شرح الطحاوي (٥) بعدما كتب شطر العقد أو بعدما أرسل رسولاً إذا رجع عن ذلك صح رجوعه سواء علم الرسول أو لم يعلم بخلاف ما إذا وكل و كيلاً ثم عزل الوكيل بغير محضر منه فلا يصح عزله. و في التحفة و على هذا (٦) الحواب في الاجارة و الهبة و الكتابة. و أما في الخلع و العتق على مال فانه يتوقف شطر العقد من جانب الزوج و المولى على قبول الآخر في ذلك المجلس بالاجماع فان من قال خالعت امرأتي فلانة الغائبة على الف درهم فبلغها الخبر فأجازت أو قبلت صح و كذا لو قال اعتقت عبدي فلان الغائب بألف درهم فانه يتوقف على إجازة العبد فأما من جانب المرأة و العبد لا يتوقف إذا كان الزوج و المولى غائبين. و أما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى. و على قول

(١)صورته الخ. كذا في الكفاية ص٤٦١ ج٥. (٢)عند الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح المهذب ص١٦٧ ج٩. (٣)و في المجتبى الخ. و في النهاية معزيا إلى شرح الطحاوي يصح الرجوع عن الرسالة علم الرسول أو لم يعلم اه و في وكالة البزازية و الخلاصة لا يصح عزل الرسول بدون علمه اه فعلى هذا يفرق بين الرجوع و العزل. كذا في البحر الرائق ص٤٥١ ج٥. (٤)و لو كتب اليه الخ. و في الخبازية معزيا إلى المبسوط لو كتب اليه بعني بكذا فقال بعت تم البيع و قد طعنوا فيه بأنه لا ينعقد بالامر من الحاضر فكيف بالامر من الغائب و أجاب في المعراج بأن مراد محمد رحمه الله تعالى بيان الفرق بين النكاح و البيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ أو يقال بعني من الحاضر استيام و من الغائب ايجاب و فيه نوع تأمل. كذا في البحر الرائق ص٤٥١ ج٥. (٥)و في شرح الطحاوي الخ. نحوه في فتح القدير ص٤٦٢ ج٥. (٦)و على هذا الجواب الخ. كذا في فتح القدير ص٤٦٢ ج٥.

و ليس له أن يقبل في بعض المبيع و لا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة

أبي يوسف رحمه الله تعالى يتوقف. و تفسير ما قال في شرح الطحاوي و هو أن يقول الرجل للشهود إني قد تزوجت فلانة بكذا فبلغها الخبر فأجازت أو قالت المرأة بكذا فبلغ الزوج الخبر فأجاز لا يجوز عندهما و يجوز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى. و في البيع لا يتوقف بالاجماع. و قال شمس (١) الائمة السرخسيّ في كتاب النكاح من مبسوطه كما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع و سائر التصرفات بالكتاب أيضا. (و ليس (٢) له) أي للبائع (أن يقبل في بعض المبيع) يعني إذا أوجب المشتري في شيء فليس للبائع أن يقبل في بعض (و لا أن يقبل المشتري) بفتح الراء أي المبيع (ببعض الثمن) يعني أن البائع إذا أوجب في شيء بأن قال بعته بألف فقال المشتري قبلت بخمسمائة فليس له ذلك (لعدم رضى الآخر بتفرق الصفقة) فان من عادة الناس ضم الرديء إلى الجيد في البياعات ليروج الرديء بالجيد فلو ثبت خيار القبول في أحدهما فالمشتري يقبل العقد في الجيد و يترك الرديء على البائع فيزول الجيد عن ملكه

---

(١)قال شمس الائمة السرخسيّ في كتاب النكاح من مبسوطه ص١٧ ج٥. (٢)و ليس له الخ. قال العلامة ابن نجيم الحنفيّ في البحر الرائق ص٤٤٨ ج٥. و قدمنا في بيان الشرائط انه لا بد أن يكون القبول في جميع ما أوجب بجميع ما أوجبه فلم يصح القبول في البعض أو بالبعض حيث كانت الصفقة متحدة للزوم تفريق الصفقة المتقضي لعيب الشركة لا من جهة جريان العادة بضم الجيد الى الرديء ليروج كما وقع في بعض الكتب فانه لا يشمل ما اذا كان المبيع واحدا فقبل في البعض كما في الغاية و لا بد من معرفة ما يوجب اتحادها و تفريقها و حاصل ما ذكروه ان الموجب اذا اتحد و تعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول أحدهما بائعا كان الموجب أو مشتريا و على عكسه لم يجز القبول في حصة أحدهما و ان اتحدا لم يصح قبول المخاطب في البعض فلم يصح تفريقها مطلقا في الاحوال الثلاثة أعني ما اذا اتحد الموجب أو تعدد أو اتحد القابل أو تعدد لاتحاد الصفقة في الكل و كذا اذا اتحد العاقدان و تعدد المبيع كان يوجب في مثليين أو قيمي و مثلي لم يجز تفريقها بالقبول في أحدهما الا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض و يكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فيكون القبول ايجابا و الرضا قبولا و بطل الايجاب الاول فان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين و عبدين لا يجوز فلو بين ثمن كل واحد فلا يخلو اما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره ففيما اذا كرره فالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل في أحدهما يصح مثل أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بالف و بعتك هذا بالف و صوره في بعض الكتب أن يقول بعتك هذين بعتك هذا بالف و هذا بالفين وفيما اذا لم يكرره و فصل الثمن فظاهر الهداية التعدد و به قال بعضهم و منعه الآخرون و حملوا كلامه على ما اذا كرر لفظ البيع و قيل ان اشتراط تكرار لفظ البيع للتعدد استحسان و هو قول الامام و عدمه قياس و هو قولهما و رجح في فتح القدير قولهما بقوله و الوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر أن فائدته ليس الا قصده بان يبيع منه أيهما شاء و الا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه الا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل واحد منهما اه و اعلم ان تفصيل الثمن انما يجعلهما عقدين على القول به اذا كان الثمن منقسما =>

إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى و أيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب

بأقل من ثمنه و فيه ضرر للبائع فكان تفريق الصفقة مستلزماً للضرر. و في المغرب (١) الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع و البيعة ثم جعلت عبارة عن نفس العقد. (الا إذا بين) أي البائع (ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى) أي لأن البيع الذي فيه بيان ثمن كل واحد صفقتان من حيث المعنى. و قال الكاكيّ و مراده إذا تكرر لفظ البيع بأن قال بعت هذا بكذا و بعت هذا بكذا لأن به تتعدد الصفقة لا ببيان ثمن كل واحد فإنه لو قال بعتهما بألف هذا بخمسمائة و هذا بخمسمائة فقبل أحدهما لا يصح كذا في المبسوط. و في الكافي لو قال بعتك هذين فقبل أحدهما أو قال لرجلين بعتكما هذا العبد فقبل أحدهما لم يجز للزوم تفريق الصفقة و لو قال بعتك هذين هذا بمائة و هذا بمائة للمشترى أن يقبل أيهما شاء لأن البائع فرق. و فى المحيط و لو كان الثمن متفرقاً. ينظر إن اتحد الايجاب و القبول فالصفقة متحدة و إن تفرق الايجاب و القبول فالصفقة متفرقة و إن تفرق الايجاب و اتحد القبول أو على عكسه فالصفقة متفرقة قيل هذا عندهما و أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى متحدة. (و أيهما (٢) قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب) هذا

=> عليهما باعتبار القيمة أما اذا كان منقسما عليهما باعتبار الاجزاء كالقفيزين من جنس واحد فان التفصيل لا يجعله فى حكم عقدين للانقسام من غير تفصيل فلم يعتبر التفصيل كما فى شرح المجمع للمصنف و هو تقييد حسن و اذا كانت الصفقة متحدة لم يجز التفريق فى القبض أيضا فلو تعدد المبيع و نقد بعض الثمن لم يجز ان يقبض بعض المبيع فان تعددت الصفقة جاز و حكم الابراء عن البعض كالاستيفاء و كذا اذا أجل ثمن بعض المبيع دون البعض لم يكن له أن يقبض شيئا من المبيع حتى ينقد الحال و كذا لو كان للمشترى على البائع دين أقل من الثمن فالتقيا قصاصا بقدره لم يكن له أن يقبض شيئا من المبيع حتى يأخذ الباقى كما فى التتارخانية و يتفرع أيضا ما لو حضر أحد المشتريين و غاب الآخر فنقد الحاضر حصته لم يكن له قبض شىء من المبيع حتى ينقد الغائب أو هو الجميع و قام الشريك مقام الغائب فى حبس حصة الغائب حتى يدفع له ما عليه فان هلك المبيع قبل طلب الغائب هلك أمانة فاذا حضر الغائب رجع عليه و ان هلك بعد طلبه و حبسه للاستيفاء هلك أمانة بثمنه فلا رجوع على الغائب و لو أبرأ البائع أحدهما عن حصته من الثمن أو أخره لم يكن له أن يقبض حصته من المبيع حتى ينقد الآخر و أما اذا تعددت الصفقة فى هذه المسائل انعكست الاحكام كذا فى التتارخانية. (١)و فى المغرب مادة صفق ص٤٧٦ ج ١. (٢)و أيهما قام عن المجلس الخ. قال المحقق العلامة ابن نجيمّ فى البحر الرائق شرح كنز الدقائق ص ٤٥٤ ج٥. (قوله و أي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب) لكونه امتناعا عن اتمام العلة لا ابطالا لها و هذا لان ايجاب البائع أحد شطرى العلة و الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين كان للاول حكم السبب و للثانى حكم العلة فلما لم يكن للاول قبل القبول حكم العلة لا يكون ابطال الايجاب بالقيام ابطالا للعلة فيجوز و لان القيام دليل الاعراض فعملت الدلالة عملها من الابطال فبعد ذلك لا يعارضها صريح قبول ياتى بعدها لانه انما يقدم عليها اذا لم تعمل عملها و فى =>

لفظ القدوري في مختصره. و قال الأكمل (١) هذا متصل بقوله إن شاء قبل في المجلس و إن شاء رده و هو إشارة الى أن رد الايجاب تارة يكون صريحاً و أخرى دلالة فإن القيام دليل الاعراض و الرجوع و الدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل نعم هذا إذا لم يوجد صريح يعارضه و ههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة. أجيب بأن الصريح إنما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها. و قال الكاكي قوله ايهما قام ذكر على وجه التعميم على المتعاقدين احترازاً عن إيجاب الخلع و العتق على مال فانه لا يعم المتعاقدين حيث لا يبطل الايجاب بقيام الزوج و المولى بخلاف قيام المرأة و العبد. و قيل المراد بالقيام عن الجلس الذهاب عن ذلك المكان لا مجرد الانتصاب و إن كان المذكور في عامة الكتب مطلق القيام لأن شيخ الاسلام خواهر زادة ذكره في شرح الجامع إذا قام البائع و لم يذهب عن ذلك المكان قبل المشتري صح و في قوله قام عن المجلس دليل على أن الذهاب عنه شرط لأن القيام عنه يتحقق بالذهاب. أما لو لم يذهب لا يقال قام عنه بل يقال قام فيه. و في شرح الطحاوي و إن تعاقدا عقد البيع و هما يمشيان

=> المجتبى المجلس المتحد أن لا يشتغل أحد المتعاقدين بعمل غير ما عقد له المجلس أو ما هو دليل الإعراض عن العقد أطلق القيام و لم يقيده بالانتقال عن المجلس بناء على ظاهر ما في الهداية و مشى عليه جمع و اختاره قاضي خان معللا بانه دليل الاعراض و قيده شيخ الاسلام بالذهاب و شمل ما اذا قام أحدهما لحاجة كما في الحاوي و لكن في القنية لو قام لحاجة لا معرضا فانه لا يصح اه فعلى هذا القيام مبطل و ان لم يكن دليل الاعراض و أشار بالقيام الى أن المجلس يتبدل بما يدل على الاعراض كالاشتغال بعمل آخر كالاكل الا اذا كان لقمة أو شرب الا اذا كان القدح في يده فشرب و نوم الا النوم جالسا و صلاة الا اتمام فريضة أو اتمام شفع نفلا فلو أتمه أربعا بطل و كلام و لو لحاجة و منه ايجاب لانسان بعد الايجاب الاول فاذا قبلا كان للثاني لبطلان الاول كما قدمناه أو مشى الا خطوة و خطوتين كما في الخلاصة و في جمع التفاريق و به ناخذ و هو خلاف ظاهر الرواية و في المعراج و قيل قوله قام عن المجلس دليل على أن الذهاب عنه شرط لان القيام عنه يتحقق بالذهاب أما لو لم يذهب لا يقال قام عنه و انما يقال قام فيه ولذا قال في الاصلاح أو قام و قال في الايضاح لم يقل عن المجلس لان الايجاب يبطل بمجرد القيام و ان لم يذهب عن المجلس و في البناية معزيا الى بعضهم أن قولهم قام عنه يدل على الذهاب و الا كان يقول قام فيه و لبس ثوب الا اذا فعل القابل بالمبيع الاكل و الشرب و اللبس فقبول و في الجوهرة لو كان قائما فقعد لم يبطل و على اشتراط اتحاد المجلس تفرع لو تبايعا و هما يمشيان أو يسيران و لو كانا على دابة واحدة لم يصح في ظاهر الرواية لاختلاف المجلس و اختار غير واحد كالطحاوي و غيره أنه ان أجاب على فور كلامه متصلا جاز و صححه في المحيط ثم قال و قيل يصح و ان فصلا بسكوت ما لم يتفرقا بابدانهما اه و في المجتبى ما لم يتفرقا بدابتيهما و هو أحسن و على الاختلاف ما اذا لم يقف أما اذا وقف بعد ما سار فقبل الآخر فانه يصح كما في المحيط و في غاية البيان و السفينة بمنزلة البيت لانهما لا يملكان ايقافها فجريانها لم يضف اليهما فلا ينقطع مجلسهما بجريانها بخلاف الدابة فانهما يملكان الايقاف. (١) قال الاكمل في العناية ص٤٦٣ ج٥.

لأن القيام دليل الإعراض و الرجوع و له ذلك على ما ذكرنا و اذا حصل الإيجاب و القبول لزم البيع و لا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية و قال الشافعي رحمه الله تعالى يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة و السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا

أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين فإن أخرج المخاطب جوابه متصلا بخطاب صاحبه تم العقد بينهما و إن فصل عنه و إن قل فإنه لا يصح و إن كان على دابة واحدة في محمل واحد لأنه لما وجد سير أو مشى من أحدهما أو منهما معاً من بين الخطابين و إن قل فقد بطل المجلس و وجد الإعراض قبل تمامه فيبطل. (لأن القيام دليل الإعراض و الرجوع و له ذلك) أي لكل واحد منهما الإعراض و الرجوع عما أوجب الموجب قبل قبول الآخر (على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه إلى قوله فللموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير. (و إذا حصل الإيجاب و القبول) يعني عن الأصل مضافاً إلى المحل مع شرط النفاذ و هو الملك او الولاية (لزم البيع و لا خيار لواحد منهما) أي لأحد المتعاقدين و به قال مالك رحمه الله تعالى و في شرح الطحاوي هذا في البيع الصحيح (إلا من عيب أو عدم رؤية) فإن فيهما الخيار على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى (١) يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس) و به قال أحمد رحمه الله تعالى و ذكر في كتبهم إذا حصل الإيجاب و القبول انعقد البيع و يثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا أو يتخايرا و هو أن يقول أجزنا إمضاء البيع أو فسخه (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) هذا الحديث

---

(١) و قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. قال العلامة المحدث النووي في شرح المهذب ص ١٨٤ ج ٩. (فرع) في مذاهب العلماء في خيار المجلس مذهبنا ثبوته للمتعاقدين و به قال جمهور العلماء من الصحابة رضي الله تعالى عنهم و التابعين و من بعدهم حكاه ابن المنذر عن ابن عمر و أبي برزة الأسلمي الصحابي رضي الله تعالى عنهما و سعيد بن المسيب و طاووس و عطاء و شريح و الحسن البصري و الشعبي و الزهري و الاوزاعي و احمد و اسحاق و أبي ثور و أبي عبيد رحمهم الله تعالى و به قال سفيان بن عيينة و ابن المبارك و على ابن المديني و سائر المحدثين رحمهم الله تعالى و حكاه القاضي أبو الطيب عن علي بن أبي طالب وابن عباس و أبي هريرة رضي الله تعالى عنهم و ابن أبي ذئب و قال مالك و أبو حنيفة رحمهما الله تعالى لا يثبت بل يلزم البيع بنفس الايجاب و القبول و حكى هذا عن سريج و النخعي و ربيعة رحمهم الله تعالى و نحو هذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٦ ج ٤. و قال المحدث الناقد ظفر احمد العثماني في اعلاء السنن ص ٥ ج ١٤.

باب ثبوت خيار القبول دون خيار المجلس

عن حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أخرجه الجماعة إلا ابن ماجة "زيلعي" (٢ - ١٧٠)

....

....

باب ثبوت خيار القبول دون خيار المجلس

قوله: البيعان بالخيار. أقول و به نستعين: اضطربت الآراء في تأويل هذا الحديث فمنهم من استدل به على نفي خيار المجلس كأبي حنيفة و محمد و أبي يوسف و إبراهيم النخعي و مالك و ربيعة الرائي و الثوري و الليث و زيد بن علي و غيرهم رحمهم الله تعالى كما في النيل (٥-٤٧) و منهم من استدل به على ثبوته كالشافعي و أضرابه و النزاع بينهم في مقامين المقام الأول قوله: البيعان. فقال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم هما اللذان تبايعا و افترقا في الكلام على التبايع حيث قال فيه: قلت: إنما يكونان قبل التساوم غير متساومين ثم يكونان متساومين قبل التبايع ثم يكونان بعد التساوم متبايعين و لا يقع عليهما اسم متبايعين حتى يتبايعا و يفترقا في الكلام على التبايع. انتهى بلفظه كتاب الأم (٣-٥) و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى هما الآخذان في البيع بعد التساوم إلى انقضاء الايجاب و القبول

الكلام في معنى قوله البيعان و قوله ما لم يتفرقا

اذا عرفت هذا فاعلم أن الحق في هذا المقام مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن قوله البيعان تثنية للبيع و البيع صفة مشبهة عن البيع و للبيع معنيان أحدهما بذل السلعة بالثمن و بهذا المعنى يقال له البائع و للآخر المشتري و لا يقال لهما بايعين. و الآخر العقد المعروف القائم بالمتعاقدين و بهذا المعنى يقال لأحدهما البيع و لهما البيعان و لا يقال لأحدهما بائع و لهما بائعان بهذا المعنى و بهذا تبين فساد ما قال العينيؒ: من أنه أراد بهما البائع و المشتري و إطلاقه على المشتري بطريق التغليب أو هو من باب إطلاق المشترك و إرادة معنييه معا إذ البيع جاء لمعنيين و فيه خلاف اه. عيني شرح البخاري (٥-٤٣٦) لأنه ليس في هذا الإطلاق تغليب و لا استعمال مشترك بين المعنيين بل هو استعمال للبيع في العقد (١) و ظاهر أن العقد قائم بالمتعاقدين فيكونان كلاهما بيعين حقيقة و إذا كان البيع صفة مشبهة من البيع بمعنى العقد المعروف فيكون هو حقيقة في العاقد حين العقد لا بعد العقد و لا قبله بل هو مجاز فيهما كالأحمر فإنه حقيقة فيما قام به الحمرة لا ما كان أحمر أو ما يكون كذلك و هو ظاهر جدا و قال به الشافعية أيضاً. و الجواب عنه بأن المتبايعين لا يكونان متبايعين حقيقة إلا في حين تعاقد هما لكن عقد هما لا يتم إلا بأحد الأمرين إما بإبرام العقد أو التفرق على ظاهر الخبر فصح أنهما متعاقدان ما داما في مجلس العقد فعلى هذا تسميتهما متبايعين حقيقة فتح (٥ - ٢٧٧) مصادرة على المطلوب. لأن هذا الجواب مبني على ثبوت خيار المجلس و هو أول النزاع و مع قطع النظر عن المصادرة هو فاسد أيضا لأن العقد هو الإيجاب و القبول فلما انقضيا انقضى العقد و بقاء حق الفسخ لا يقتضي وجوده إلى ذلك الوقت كما في خيار العيب و خيار الشرط فثبت بهذا أن الحق في هذا المقام مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى. و المقام الثاني قوله: ما لم يتفرقا. فقال الشافعي رحمه الله تعالى التفرق هو تفرق الأبدان. و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى هو تفرق الأقوال. و تحقيق هذا المقام أن التفرق ضد الاجتماع و الاجتماع هو تحقق الاتصال بين الشيئين و الاتصال بينهما يتحقق بالعلاقة و العلاقة أنواع لأن العلاقة بينهما قد تكون بأن يكونا في مكان

(١)قلت: قال الراغب في المفردات له: البيع إعطاء المثمن و أخذ الثمن و الشراء إعطاء الثمن و أخذ المثمن و يقال للبيع الشراء و للشراء البيع و ذلك بحسب ما يتصور من الثمن و المثمن اه (ص٦٧) فهذا هو الحقيقة و ما عدا ذلك من الإطلاقات مبناه التوسع في الكلام فالحق ما قاله العينيؒ لا سيما و هو معدود في النحاة اللغويين له ترجمة حسنة في طبقات النحاة للسيوطي. ١٢-ظ.

....

....

واحد و قد تكون بأن يكونا مربوطين بحبل و قد تكون بأن يكونا مربوطين بعقد كالزوجين فإنهما مربوطان بحبل الزواج و قد تكون بأن يكونا متحدين في الرأى و قد تكون بأن يكونا متشاركين في الفعل و لما كان الاتصال متنوعاً بهذه الأنواع كان الاجتماع أيضا متنوعا بها و يقال هما مجتمعان في الدار و في الحبل و في الزواج و على الرأى و على الفعل و إذا كان الاجتماع متنوعا بهذه الأنواع كان التفرق منقسماً أيضاً إلى هذه الأنواع و لما كان التفرق جنسا واحدا منقسما إلى أنواع حسب اختلاف أنواع العلاقات ذهب الشافعيّ إلى نوع و قال: معناه أن البيعين بالخيار ما لم يتفرقا عن المكان الذى تبايعا فيه و ذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى نوع آخر منه و قال: معناه أن البيعين بالخيار ما لم يتفرقا عن البيع الذى كانا مجتمعين عليه و مشتغلين به و هذا هو المعنى الذى يعبر عنه بالتفرق بالكلام أي التفرق عن البيع و الفراغ عنه بإتمام الإيجاب و القبول. و المراد الاختلاف في الكلام حتى يقال: إنه إذا قال البائع بعتكه بعشرة و قال الآخر: اشتريته بعشرة: اتفاق في الكلام و ليس بتفرق فيه و إذ لم يتحقق التفرق يجب أن يثبت لهما الخيار بعد العقد أيضاً و هو خيار المجلس كما قال ابن حزم مغترا بالعنوان المذكور. و لا خفاء أن اللسان محتملة لكلا المعنيين و دعوى الشافعي رحمه الله تعالى بأن هذا محال لا يجوز في اللسان عارية عن الصحة كما لا يخفى و إذا كان كل واحد محتملا فلا بد لنا أن نبين أن أي المعنيين ألصق بالشرع و أقرب إلى مقصود الشارع و إن كان خلاف الظاهر في بادى الرأى فإن المقصود هو المعنى ألا ترى أن اللفظ يصرف عن المعنى الحقيقى إلى المعنى المجازى برعاية المعنى و لا ينظر إلى أن أي المعنيين هو المتبادر من اللفظ؟ و إذا كان كذلك فنقول: إن الألصق بمقصود الشارع و أقرب إلى قواعد الشرع هو المعنى الذى قال به أبو حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى و الدليل عليه من وجوه. الأول: أن العقد موضوع شرعا لثبوت الملك و لزومه فإذا ثبت العقد ثبت الملك و لزومه لا محالة هذا هو الأصل و لا يعدل عنه إلا لمانع و لا مانع ههنا لأن قوله ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا له محملان محمل يقرر موضوع العقد و يؤكده و محمل يخالف موضوعه و لا يخفى على المنصف أن المحمل الذى يؤكد موضوعه و يقرره أولى من المحمل الذى يخالفه فيكون الحمل عليه ألصق و أقرب و أرجح و أوجه فلما رجع الحديث إلى أصله الكلي لم يبق للعدول عنه وجه. و الوجه الثاني: أنهم لما نظروا إلى نظائر البيع كالإجارة و النكاح و الخلع و الشركة و المضاربة و غيرها وجدوا أنه ليس فيها خيار المجلس فلو حمل قوله على التفرق بالأبدان ينفرد البيع عن نظائره و لو حمل على التفرق بالأقوال يشترك معها و الاشتراك أولى من الانفراد فوجب الحمل عليه. فإن قلت: البيع ينفرد في بعض الأحكام عن نظائره كخيار الشرط و خيار العيب. قلنا: ذاك في أحكام لها دلائل صريحة و الدليل المذكور ليس صريحا في خيار المجلس فلا يقاس عليها. و الوجه الثالث: أنه لو حمل على التفرق بالأبدان لزم رفع الحكم الثابت بالأدلة الصحيحة و هو ثبوت الملك و لزومه بالعقد بحكم مشكوك فيه أعنى خيار المجلس و هو غير معقول فلا بد من الحمل على التفرق بالأقوال. و الوجه الرابع: أنه لما شرع الشاع خيار الشرط و خيار الرؤية و خيار العيب لم يبق حاجة إلى خيار المجلس و لا فائدة فيه أيضا إذا كان إسقاط هذا الخيار في يد صاحبه بقيامه من المجلس و هل يجوز أحد أن يشرع الشارع أمرا لمصلحة و يشرع معه ما يهدرها؟ فكيف يقال: إن الشارع شرع خيار المجلس ليثنى العاقدان النظر في مصلحتهما و يترويان في أمرهما؟ و مع ذلك يشرع القيام عن المجلس لكل واحد منهما من غير رضى الآخر و يفوت عليه تثنية النظر و التروى في أمره و هذا دليل قوى على أن مقصوده ليس هو الذى فهموه من كلامه. فإن قلت: لا يغنى خيار الشرط و خيار العيب و خيار الرؤية عن خيار =>

....

....

المجلس لأنه قد يكون أن يرى بائع مصلحة في البيع و لا يكون له تردد فيها فلا يشترط الخيار ثم يبدو له مفسدة في البيع في ذلك المجلس فيندم فلا بد لدفع هذا الندم من خيار المجلس. قلنا: هذا نادر و الأحكام غير منوطة بالنوادر و مع هذا فلا يندفع الحاجة به أيضاً ﷺ لأنه يحتمل أن يقوم صاحبه بعد العقد من غير تراخ فلا يفيده الندم. و الوجه الخامس: أنه قال تعالى: "لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" فالمراد من التراضي في الآية إما أن يكون هو التراضي الذي يصدر عنه الإيجاب و القبول أو لا بد فيه من أمر آخر و هو بقاء ذلك التراضي إلى القيام عن المجلس أو الخيار فإن قلتم بالشق الأول فقد أبطلتم خيار المجلس لأن الضرورة الداعية إلى شرعية البيع هو حل التصرفات و لما حصل ذلك الحل بنفس العقد عن التراضي فأي حاجة إلى خيار المجلس؟ و أيضاً: لما ثبت ملك المشتري في المبيع و ملك البائع في الثمن بالعقد عن التراضي ثم رد أحدهما العقد من غير رضى الآخر يكون آكلا ماله من غير رضاه فصارت التجارة التي كانت من قبل تجارة عن تراض أكل أموال الناس بالباطل. فإن قلتم: الأكل بالباطل ما لم يأذن به الشرع و هذا مأذون من الشرع. قلنا: هذا أول المسئلة فهذا الجواب مصادرة على المطلوب. و إن قلتم بالشق الثاني فقد أبطلتم التصرفات التي يفعل المتعاقدان في المبيع و الثمن قبل التفرق أو الخيار لأنهما يندرج حينئذ في أكل أموال الناس بالباطل إذ ليس هو تجارة عن تراض و لا تقولون به (١) فثبت أن خيار المجلس يخالف لمدلول الآية فكيف يحمل كلام الرسول عليه؟ فهذه الوجوه هي التي ألجأت أبا حنيفة رحمه الله تعالى صرف الحديث عن معناه المتبادر في بادي الرأي إلى المعنى الذي يحتمله اللسان و يطابق النصوص و الأصول الشرعية و يوافق المعقول. و أما الشافعي و أصحابه رحمهم الله تعالى فاحتجوا أيضاً بوجوه الأول: أنه روى الليث عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال: قال رسول الله ﷺ إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا و كانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع و إن تفرقا بعد أن تبايعا و لم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع. بخاري (١-٢٨٤) قال الخطابي: هذا أوضح شيء في ثبوت خيار المجلس و هو مبطل لكل تأويل مخالف لظاهر الحديث و كذلك قوله في آخره: و إن تفرقا بعد أن تبايعا فيه البيان الواضح أن التفرق بالبدن و لو كان معناه التفرق بالقول لخلا الحديث عن فائدة اه فتح (٥-٢٧٩). و الجواب عنه أنه ليس في الحديث ما يدل على خيار المجلس المتنازع فيه لأنا نقول: معنى الحديث إذا تعاقد الرجلان البيع فكل واحد منهما بالخيار حين التعاقد ما لم يتفرقا عن العقد و كانا مجتمعين عليه و مشتغلين به فلما تفرقا عنه و حصل لهما الفراغ عنه بالإيجاب و القبول سقط الخيار فلا خيار لهما إلا أن يخير أحدهما الآخر فإنه يثبت لهما الخيار بذلك التخيير فإنهما أسقطا الخيار و بقيا على البيع بعد حصول الخيار فقد وجب البيع و عاد إلى حاله الأول و إن تفرقا عن المجلس من غير تخيير و خيار فقد وجب البيع بالعقد السابق لأنه لم يوجد ما يغيره. و هذا المعنى لا يضرنا و لا ينفعكم فكيف قلت: إنه أوضح شيء في ثبوت خيار المجلس و هو مبطل لكل تأويل مخالف لظاهر الحديث؟ و ما قلت: إن قوله في آخره و إن تفرقا بعد أن تبايعا فيه البيان الواضح أن التفرق بالبدن هو القاطع للخيار. فساقط إذ ليس فيه ما يدل على أن التفرق بالبدن هو القاطع للخيار بل ظهر مما قلنا إن القاطع للخيار هو التفرق بالأقوال. و الثاني: أنه روى الليث عن عبد الرحمن بن خالد عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما قال بعت من أمير المؤمنين عثمان رضي الله تعالى عنه مالا بالوادي بمال له خيبر رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية

(١) و لكن ابن حزم قائل به و لك أن تقول: لا عبرة بقوله لشذوذه بذلك عن الأمة ٢٢ ظ.

....

....

أن يراد في البيع و كانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا و هذا الأثر يدل على أن ابن عمر رضي الله تعالى عنه فهم من الحديث التفرق بالأبدان و عمل به و فهم راوي الحديث حجة فلا يصح التأويل بتفرق الأقوال و يدل الأثر على أن ابن عمر رضي الله تعالى عنه لم ينفرد بهذا الفهم و هذا الفعل بل عامة الصحابة فهموا منه ذلك و عملوا به إذ كان هذا الصنع طريقة معروفة بينهم إذ ذاك. و أجاب عنه العيني في شرحه للبخاري بأن معنى قوله: كانت السنة أنه كان هكذا في أول الأمر و فعله ابن عمر رضي الله تعالى عنهما لأنه كان شديد الاتباع. ثم قال: و اعترض بعضهم على هذا بأنه قد وقع في رواية أيوب بن سويد: كنا إذا تبايعنا كان كل واحد منا بالخيار ما لم يتفرق المتبايعان فتبايعت أنا و عثمان رضي الله تعالى عنه. و فيه إشعار باستمرار ذلك. ثم أجاب عنه بأن قوله: كنا إذا تبايعنا. يدل أيضا على أنه كان في أول الأمر و قوله: فيها إشعار باستمرار ذلك غير مسلم لأن هذه دعوى بلا برهان على أنا نقول: ذكر ابن رشد في المقدمات له أن عثمان رضي الله تعالى عنه قال لابن عمر رضي الله تعالى عنهما: ليست السنة بافتراق الأبدان قد انتسخ ذلك ثم قال: و قد اعترض عليه بعضهم بأن هذه الزيادة لم أرلها إسناداً. قلت: لا يلزم من عدم رؤية إسناده عدم رؤية قائله أو غيره فهذا لا يشفي العليل و لا يروي الغليل اه عيني (٥-٤٦٨). و في هذا الجواب نظر أما أولا فلأن قوله: معناه أنه كان هكذا في أول الأمر و لم يبق الآن باطل لأنه لو كان كذلك لزم أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما كان يعلم بانتساخه فلا معنى لاتباعه الأمر المنسوخ و أي فائدة له في اتباعه؟ لأنه كان لإقامة الحجة على عثمان رضي الله تعالى عنه و كيف يقيم الحجة بالمنسوخ؟ فإن معناه أنه كان متروكا عملا لا متروكاً حكما فالجواب عنه أنه أي فائدة له في ذكر المتروك؟ و كيف يكون الأمر المتروك سبباً لفعله؟ و أما ثانيا فلأن قوله: لا يلزم من عدم رؤيته عدم روية قائله أو غيره و إن كان صحيحا لكنه لا يجديه نفعاً لأن عليه أن يخرج السند و يتبينه ليتم الاحتجاج به و لم يفعل ذلك. فالجواب الصحيح أنه ليس معنى قوله كانت السنة أن التفرق بالأبدان كان عملا متعارفاً بينهم بل معنى السنة هنا هي السنة القولية فيكون المعنى: و كان قال النبي ﷺ إن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا ففارقت بهذا عثمان رضي الله تعالى عنه ليتم الحجة عليه بأكمل وجه و لا يكون له إلا اعتذار بأن معنى التفرق ههنا التفرق بالأبدان لا التفرق بالأقوال و لما كان هذا الفعل يقطع العذر منه فلا يدل على أنه فهم منه التفرق بالأبدان البتة فلا حجة فيه أيضا للخصم. و الثالث: أنه روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار و لا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله. عون المعبود (٣- ٢٨٨). و قوله: لا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله. يفسر المراد من التفرق في قوله: ما لم يتفرقا. و الجواب عنه أما أولا فهو أن هذه زيادة تفرد بها عمرو بن شعيب فلا تقبل عن مثله و أما ثانيا فهو أنكم لا تقولون بمقتضاه لأنكم ما تقولون بحرمة المفارقة فإذا ساغ لكم التأويل في قوله: لا يحل فكيف لا يسوغ لنا التأويل في قوله: يستقيله؟ و إذ ساغ لنا التأويل فنقول قوله: و لا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله. مسئلة مستانفة غير متعلقة بقوله البيعان بالخيار ما لم يتفرقا و معناه أنه لا يليق لأحد أن يجتنب عن ملاقاته خشية الإقالة و إذا كان معنى الفراق هنا الغيبوبة عنه مطلقا سواء كان بالفراق عن مجلس العقد أو بالإجتناب عنه بعد مجلس العقد فلا يرد عليه أن خوف الإقالة لا يختص مجلس العقد و لا يندفع بالفراق فكيف يصح حمله على الإقالة المعروفة؟ لأن هذا الإيراد يرد لو أولنا قوله: خشية أن يستقيله. فقط و إن أولنا لفظ الفراق أيضا فلا يرد هذا الإيراد. و الرابع: أنه قال أبو الوضي عباد بن نسيب: إنا نزلنا منزلا فباع صاحب لنا من رجل فرسا فأقمنا في منزلنا يومنا و ليلتنا فلما كان الغد قام الرجل بسرج فرسه فقال له =>

و لنا ان في الفسخ إبطال حق الغير فلا يجوز

رواه الأئمة (١) الستة رحمهم الله تعالى عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا. و بلفظ الكتاب رواه النسائيّ. (و لنا ان في الفسخ إبطال حق الغير فلا يجوز) لما قال الشافعي رحمه الله تعالى أثبت

=> صاحبه: إنك قد بعتني فاختصما إلى أبي برزة فقال: إن شئتما قضيت بينكما لقضاء رسول الله ﷺ سمعت رسول الله ﷺ يقول: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا. و ما أريكما تفرقتما. طحاوى (٢-٢٠٣). و هذا صريح فيما ادعينا أن التفرق في الحديث هو تفرق الأبدان لا تفرق الأقوال إذ تفرق الأقوال أعنى الإيجاب و القبول لم يكن متنازعا فيه بينهم بل كان هو مسلما عندهم.

تأويل الصحابي ليس بحجة ملتزمة

و الجواب عنه أنه لا حجة فيه لكم لأن غاية ما في الباب أن أبا برزة فهم منه تفرق الأبدان و هو لا يضرنا لأنه صرح الزيلعي و غيره من أصحابنا كما في التعليق الممجد على الموطا للإمام محمد رحمه الله تعالى لمولانا عبد الحي اللكنوى باب ما يوجب البيع بين البائع و المشترى: بأنه تقرر في الأصول أن تأويل الصحابي لمحتمل التأويل و اختياره لأحد التأويلين ليس بحجة ملزمة على غيره و لا يمعنه عن اختيار تأويل يغايره (ص٣٣٩) و ما قال صاحب التعليق الممجد بعد نقل هذا الجواب من أنه بعد تسليم ما حقق في الأصول لا شبهة في أن تأويل الصحابي أقوى و أحرى بالقبول من تأويل غيره ففاسد لأنه ليس هذه الأولوية على الإطلاق بل هو إذا لم تقم على خلافه دلائل صحيحة شرعية عند المجتهد و تعارض الأدلة فيكون الترجيح لما ذهب إليه أولى و ههنا ليس كذلك كما عرفت فيما مر أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لم يترك القول بخيار المجلس إلا بالاضطرار لأن الأدلة الشرعية ألجأته إليه. إذا عرفت هذا التفصيل علمت أن نظر الحنفية في النصوص مبنى على الدقة و نظر من خالفهم مبنى على الظاهر فقط و الحق في هذه المسألة مع الحنفية إن شاء الله تعالى و لو سلم أن التفرق في الحديث هو تفرق الأبدان فالحديث محمول على الاستحباب دون الاستحقاق إذ لو كان الخيار حقا ثابتاً له لم يجز لصاحبه إسقاطه قصدا لأنه تصرف في حق الغير بالإتلاف قصدا به و معناه أن البيعان ما داما في المجلس و كل واحد منهما مأمون برد البيع إذا اختار الآخر رده بأمر الندب و الاستحباب بخلاف ما بعد المجلس فإنه لا أمر هناك بل هو مندوب إليه بقوله عليه الصلاة و السلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيمة و بينهما فرق لا يخفى و عليه يحمل فعل ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و قضاء أبي برزة و حينئذ لا يبقى للمخالف حجة علينا و العجب منهم أنهم يقولون قد تقرر في الأصول أن العمل بالرواية لا بالرأى نيل (٥ – ١٧٧) ثم يحتجون علينا برأى ابن عمر و أبي برزة رضى الله تعالى عنهما و يقولون: الراوى أعرف بما رواه و هل هذا إلا تهافت و بالجملة الحديث المذكور موافق لمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى و ليس بمخالف له و هذه الموافقة إما بأن يحمل التفرق على تفرق الأقوال أو يجعل الحكم على الاستحباب دون الاستحقاق و الثاني أوجه و أقرب كما لا يخفى فتدبر فيه و احفظه فإنه علق نفيس. (١)رواه الأئمة الستة رحمهم الله تعالى. البخاريّ في البيوع باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ص٢٨٣ ج١ و مسلمّ في البيوع باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ص٦ ج٢ و ابو داودّ في البيوع باب في خيار المتبائعين ص١٣٣ ج٢ و الترمذيّ في البيوع باب ما جآء البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ص١٥٠ ج١ و النسائيّ في البيوع وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما ص٢١٢ ج٢ و ابن ماجةّ في البيوع باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ص١٥٩ و في الباب حديث حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه =>

....

الشارع لكل واحد من المتبايعين خيار المجلس على ما دل عليه الحديث المذكور فعلم أن لكل منهما بعد تمام العقد أن يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان قال المصنفؒ و لنا ان في الفسخ أي في فسخ العقد بعد وقوعه إبطال حق الآخر و هو الساكت عن الفسخ فلا يجوز لعدم رضاه و العجب من المصنفؒ أن الخصم مستدل بالحديث الصحيح و هو يستدل بالدليل العقلي ثم يحمل الحديث على ما ذكره و كان الواجب أن يستدل بدليل نقلي إما من الكتاب أو السنة ثم يستدل بالدليل العقلي ثم يجيب عن حديث الخصم كما فعله غيره على هذا الوجه حيث قالوا و لنا قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ (١) و البيع عقد يلزم الوفاء بظاهر الآية فلو كان خيار المجلس ثابتاً لم يكن الوفاء بعقد البيع لازماً. و قوله تعالى أيضا ﴿و أشهدوا إذا تبايعتم﴾ (٢) ندب الإشهاد على العقد توثقة لهما. و في ثبوت الخيار يسقط معنى التوثق فكان فيه إبطال معنى الكتاب. و قوله (٣) عليه الصلاة و السلام المسلمون عند شروطهم و قد شرطا

=> أخرجه البخاريؒ في البيوع باب كم يجوز الخيار ص٢٨٣ ج١ و باب اذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع ص٢٨٤ ج١ و مسلمؒ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ص٦ ج٢ و ابو داودؒ باب في خيار المتبايعين ص١٣٣ ج٢ و الترمذيؒ باب ما جآء البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ص١٥٠ ج١ و النسائيؒ وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما ص٢١٢ ج٢ و حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنهما أخرجه ابو داودؒ باب في خيار المتبايعين ص١٣٣ ج٢ و النسائيؒ وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بابدانهما ص٢١٣ ج٢ و الترمذيؒ باب ما جآء البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ص١٥٠ ج١ و قال هذا حديث حسن و حديث سمرة رضى الله تعالى عنه أخرجه النسائيؒ وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما ص٢١٣ ج٢ وابن ماجة باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ص١٥٩ و حديث أبي برزة رضى الله تعالى عنه أخرجه ابو داودؒ باب في خيار المتبايعين ص١٣٣ ج٢ و ابن ماجةؒ باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ص١٥٩. (١)أوفوا بالعقود؛ المآئدة: ١. (٢)و أشهدوا اذا تبايعتم؛ البقرة: ٢٨٢. (٣)قوله عليه الصلاة و السلام المسلمون عند شروطهم. قلت رواه البخاريؒ تعليقا في الاجارة باب أجر السمسرة ص٣٠٣ ج١ و ابوداودؒ موصولا في القضا باب في الصلح ص١٤٩ ج٢ من حديث الوليد بن رباح بالباء الموحدة عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه و رواه الترمذيؒ في الاحكام من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنه ان رسول الله ﷺ قال المسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما و قال هذا حديث حسن صحيح و الدار قطنيؒ في البيوع ص٢٧ ج٣ و اسحاقؒ في مسنده و قال الحافظ العلامة العينيؒ في عمدة القاري ص٩٤ ج١٢. و كثير بن عبد الله ضعيف عند الاكثرين الا أن البخاريؒ قوى أمره و كذلك الترمذي و ابن خزيمة رحمهما الله تعالى الخ. و رواه الدار قطنيؒ من طريق عبد العزيز بن عبد الرحمن عن خصيف عن عروة عن عائشة و عن انس بن مالك رضى الله تعالى عنهما عن النبي ﷺ قال المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق و قال المحدث العلامة أبو الطيب محمد شمس الحقؒ في التعليق المغني على سنن الدار قطني: عبد العزيز ابن عبد الرحمن ضعفه أحمد و النسائي و ابن حبان رحمهم الله تعالى. و قال الحافظؒ اسناد حديث عائشة واهي. انتهى.

و الحديث محمول على خيار القبول و فيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها

إمضاء البيع فيلزمهما. و قوله (١) عليه الصلاة و السلام لحبان بن منقذ رضى الله تعالى عنه إذا اشتريت فقل لا خلابة ولي الخيار فعلم أن البيع يلزم بالإيجاب و القبول. و في إثبات الخيار لأحدهما يلزم إبطال حق الآخر فينتفي بقوله (٢) عليه الصلاة و السلام لا ضرر و لا ضرار في الإسلام أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء و لا جزاء لأن الضرر بمعنى الضر و هو يكون من واحد و الضرار من اثنين بمعنى المضارة و هو أن تضر من ضرك ذكره في المغرب (٣). (و الحديث محمول على خيار القبول) لأن سياق الحديث يدل على ذلك لانهما يسميان متبايعين حقيقة حالة التشاغل بفعل البيع بأن يقول أحدهما بعني و يقول الآخر بعت فيتخير كل منهما بعد ذلك. أما البائع فله الخيار إما أن يثبت على ما قال أو يرجع عنه و أما المشتري فله الخيار أيضاً إما أن يقبل أو يرد ما داما في المجلس. و هذا تأويل قوله عليه الصلاة و السلام (و فيه إشارة إليه) أي في الحديث إشارة إلى خيار القبول و بين ذلك بالفاء التفسيرية بقوله (فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها) يعني أن حقيقة اسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالمتقابلين

(١)قوله عليه الصلاة و السلام لحبان بن منقذ رضي الله تعالى عنه الخ. أخرجه البخارى فى البيوع باب ما يكره من الخداع فى البيع ص ٢٨٤ ج١ عن عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنه ان رجلا ذكر للنبى ﷺ انه يخدع فى البيوع فقال اذا بايعت فقل لا خلابة و فى الإستقراض باب ما ينهى عن اضاعة المال ص٣٢٤ ج١ و فى الخصومات باب من رد امر السفيه و الضعيف العقل الخ ص٣٢٥ ج١ و فى الحيل باب ما ينهى من الخداع فى البيع ص ١٠٣٠ ج٢ و مسلمٌ فى البيوع باب من يخدع فى البيع ص٧ ج٢ و ابوداودٌ فى البيوع باب فى الرجل يقول عند البيع لا خلابة ص١٣٨ ج٢ عن ابن عمر و عن انس بن مالك رضى الله تعالى عنهما و الترمذيٌ فى البيوع باب ما جآء فيمن يخدع فى البيع ص ١٥٠ ج١ عن أنس رضى الله تعالى عنه و قال حديث انس رضى الله تعالى عنه حديث حسن صحيح غريب و النسائىٌ فى البيوع الخديعة فى البيع ص٢١٣ ج٢ عن ابن عمر و انس رضى الله تعالى عنهما. (٢)قوله عليه الصلاة و السلام لا ضرر و لا ضرار. رواه مالك رحمه الله تعالى فى المؤطا فى الأقضية القضاء فى المرفق عن عمرو بن يحيى المازنى عن ابيه أن رسول الله ﷺ قال لا ضرر و لا ضرار و ابن ماجة فى سننه فى الأحكام باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره ص ١٧٠ عن عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه ان رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر و لا إضرار و عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ لا ضرر و لا إضرار و رواه أحمد رحمه الله تعالى فى مسنده. (٣)فى المغرب مادة ضرر ص٨ ج٢. و قال العلامة ابن الأثيرٌ فى النهاية ص٨١ ج٣. لا ضرر و لا ضرار فى الاسلام فمعنى قوله لا ضرر أى لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه و الضرار فعال من الضر اى لا يجازيه على إضراره بادخال الضرر عليه و الضرر فعل الواحد و الضرار فعل الاثنين و الضرر ابتداء الفعل و الضرار الجزاء عليه و قيل الضرر ما تضربه صاحبك و تنتفع به أنت و الضرار أن تضره من غير أن تنتفع به و قيل هما بمعنى و تكرار هما للتاكيد.

أو يحتمله فيحمل عليه و التفرق فيه تفرق الأقوال

و المتناظرين و به نقول ان لكل واحد من المتساومين الخيار لأن كونهما متبايعين حالةالمباشرة بطريق الحقيقة لبقاء قوله بعت إلى قوله اشتريت من حيث الشرع فالحقيقة الشرعية بمنزلة الحقيقة لغة فيكون ما قلناه حقيقة و ما قاله الخصم مجازاً باعتبار ما كان إذ لو بقي قوله بعد بعت و اشتريت بعد التكلم بهما لما جازت الإقالة لأن رفع الشيء في حال ثبوته محال و هذا لأن البائع و المشتري قد اجتمعا على المبيع فإذا تم الإيجاب و القبول فقد تفرقا عما اجتمعا عليه. فإن قلت لم لا يجوز أن يكون الإيجاب و القبول شرطاً باقياً ما داما في المجلس. قلت لما ذكرنا من صحة الإقالة فيكون الباقي بمعنى الذي ثبت بالإيجاب و القبول. (أو يحتمله فيحمل عليه) أي أو يحتمل ما قاله الخصم و يحتمل ما قلنا و ما قلناه راجح لما ذكرنا أنه حقيقة و الحمل عليه أولى و لا يقال (١) العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين مع وجود كل كلاميهما لأن الباقي بعد كلاميهما حكم كلاميهما شرعاً لا حقيقة كلاميهما و الكلام في حقيقة الكلام. (و التفرق فيه (٢) تفرق الأقوال) أي التفرق المذكور في الحديث تفرق الأقوال. و قال الأكملؒ (٣) هذا جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر و لقائل أن يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض و هو محال بإجماع متكلمي أهل السنة فيكون إسناد التفرق إليهما مجازاً فما وجه ترجيح مجاز كم على مجازهم. و أجيب (٤) بأن اسناد التفريق و التفرق إلى غير الأعيان سائغ شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة. قال الله تعالى ﴿و ما تفرق الذين أوتوا الكتاب﴾ (٥) و قال تعالى ﴿لا نفرق بين أحد من رسله﴾ (٦) و المراد التفرق في الاعتقاد. و قال ﷺ (٧) ستفترق امتي على ثلاث و سبعين فرقة و هو أيضاً في الاعتقاد و فيه نظر لأن المجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه أيضاً كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده و لعل الأولى أن يقال حمله على التفرق بالأبدان رد إلى الجهالة إذ ليس له وقت معلوم و لا غاية معروفة فيصير من أشباه بيع المنابذة و الملامسة

(١)و لا يقال الخ. كذا في العناية ص٤٦٥ ج٥. (٢)و التفرق فيه الخ. أقول الافتراق احد الاكوان الاربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين. كذا في السعدية. (٣)قال الاكملؒ في العناية ص٤٦٦ ج٥. (٤)و أجيب بان اسناد التفريق و التفرق الخ. أقول اسناد التفرق إلى القول مجازاً بالسببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمني بلدك حق لي على فلان كذا في السعدية. (٥)أوتوا الكتاب؛ البينة:٤. (٦)من رسله؛ البقرة:٢٨٥. (٧)قال ﷺ ستفترق أمتي الخ. أقول رواه ابوداودؒ في سننه باب شرح السنة ص٢٨٣ ج٢ عن معاوية بن أبي سفيان =>

....

و هو مقطوع بفساده. و هذا معنى قول مالك رحمه الله تعالى ليس لهذا الحديث حد معروف. و في المبسوط راوي حديث مالك رحمه الله تعالى ابن عمر رضي الله تعالى عنهما و مذهبه أن خيار المجلس لا يثبت و عمل الراوى بخلاف الحديث دليل ضعفه. و لهذا قال ابن العربيّ قال مالكّ ليس لهذا الحديث عندنا حد معروف و لا أمر معمول به. و قال (١) الأكملّ أو تقول (٢) التفريق يطلق على الأعيان و المعاني بالاشتراك اللفظي و تترجح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالأبدان إلى الجهالة. و قال الطحاويّ (٣) اختلف الناس فى تأويل قول رسول الله ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فقال قوم هذا على الافتراق بالأقوال ثم بسط الكلام فيه. قلت في شرحي الذي سميته نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار أراد بالقوم النخعي و سفيان الثورى فى رواية و ربيعة الرأىّ و مالكاً و أبا حنيفة و محمد بن الحسن رحمهم الله تعالى فإنهم قالوا المراد من قوله عليه الصلاة و السلام ما لم يتفرقا هو التفرق بالأقوال. فإذا قال البائع قد بعت و قال المشترى قد اشتريت فقد تفرقا و لا شيء لهما بعد ذلك خيار و يتم به البيع و لا يقدر المشتري على رد البيع إلا بخيار الروية أو خيار العيب أو خيار الشرط. و قال عيسى بن ابانّ الفرقة التي تقطع الخيار المذكور في الحديث هى الفرقة بالأبدان و فسره بقوله إن الرجل إذا قال للرجل قد بعتك عبدي هذا بألف درهم فللمخاطب بذلك القول أن يقبل ما لم يفارقه صاحبه فاذا افترقا لم يكن له بعد ذلك أن يرجعه قالوا و لولا أن هذا الحديث جاء ما علمنا ما يقطع ما للمخاطب من قبول المخاطبة التي خاطبه بها صاحبه و أوجب له بها البيع فلما جاء هذا الحديث علمنا ان افتراق أبدانهما بعد المخاطبة بالبيع يقطع قبول تلك المخاطبة و قد روي هذا التفسير عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال الطحاويّ (٤) قال آخرون هذه الفرقة المذكورة في هذا الحديث هي الفرقة بالأبدان فلا يتم البيع حتى تكون فاذا كانت تم البيع.

=> و أبى هريرة رضى الله تعالى عنهما و الترمذيّ فى الايمان باب افتراق هذه الامة ص٨٨ ج٢ عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه و قال حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه حديث حسن صحيح و عن عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنه و قال هذا حديث حسن غريب و ابن ماجةّ فى الفتن باب افتراق الأمم عن أبى هريرة و عوف بن مالك و انس بن مالك رضى الله تعالى عنهم. (١)قال الاكملّ فى العناية ص٤٦٦ ج٥. (٢)أو نقول التفريق يطلق على الأعيان و المعانى. أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع و الظاهر أنه منع كون ما يطلق التفرق مطلق من الاعراض كذا فى السعدية. (٣)قال الطحاويّ فى شرح معانى الآثار ص١٨٨ ج٢. (٤)قال الطحاويّ فى شرح معانى الآثار ص١٨٩ ج٢.

قال و الأعواض المشار إليها

قلت أراد بالآخرين سعيد بن المسيب و الزهري و عطاء بن أبي رباح و ابن أبي ذئب و سفيان بن عيينة و الأوزاعي و الليث بن سعد و ابن أبي فديك و الحسن البصرى و هشام بن يوسف و ابنه عبد الرحمن و عبد الله بن حسن القاضي و الشافعي و أحمد و إسحاق و أبا ثور و أبا عبيد و أبا سليمان و محمد بن جرير الطبرى و أهل الظاهر رحمهم الله تعالى و قال الأوزاعيّ حد التفرق أن يغيب كل واحد منهما عن صاحبه حتى لا يراه. و قال عياضٌ قال الليثٌ هو أن يقوم أحدهما. و قال آخرون هو افتراقهما من مجلسهما أو نقلهما. (قال) أي القدوريّ (و الأعواض (١) المشار إليها

(١)و الأعواض المشار اليها سواء كانت مبيعات كالحبوب و الثياب أو أثمانا كالدراهم و الدنانير لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الأرز و الشاشات و هي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك و هي مرئية له فقبل جاز و لزم لأن الباقي جهالة الوصف يعني القدر و هو لا يضر اذ لا يمنع من التسليم و التسلم لتعجله كجهالة القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال لغيره لك في يدى أرض خربة لا تساوى شيئا فبعها مني بتسعة دراهم فباعها و هو لا يعلم و قيمتها أكثر جاز البيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للاجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا و لا في رأس مال السلم اذا كان مكيلا أو موزونا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية و بالربوية اذا قوبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة و الذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا و احتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعا و التقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج إلى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة فانه لو أراه دراهم و قال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا أو نبهرجة كان له أن يرجع بالجياد لأن الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها و هو ينصرف الى الجياد و لو وجدها ستوقة أو رصاصا فسد البيع و عليه القيمة ان كان أتلفها و لو قال اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدراهم في البيع ينصرف إلى نقد البلد و ان وجدها نقد البلد جاز و لا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار و ان كانت نقد البلد لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها و في الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار و يسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود كذا قاله المحقق الفهام ابن الهمامّ في فتح القدير ص٤٦٦ ج٥. و قال العلامة ابن نجيمٌ في البحر الرائق ص٤٦٣ ج٥. و الظاهر أن التقييد بالمقدار اتفاقي و ما ذكره في ثبوت الخيار أمر آخر ليس الكلام فيه لأن الكلام في الاحتياج الى الصحة لا للزوم و لأنه مع الاشارة اذا كان لا يحتاج الى معرفة المقدار لا يحتاج الى معرفة الوصف بالاولى و اعلم انه يستثنى من قوله في فتح القدير اذا وجد الدراهم زيوفا مسئلة هي ما اذا استقرض دراهم و قبضها ثم اشترى ما في ذمته بدنانير مقبوضة في المجلس حتى صح ثم وجد دراهم القرض زيوفا أو نبهرجة فانه لا رجوع له بشيء لأن القرض عارية و هو ينافي الضمان و ان وجدها ستوقة ردها على المقرض لعدم صحة استقراضها لكونها من القيميات فيرجع بالجياد ان ردها قبل التفرق عن المجلس و ان كان بعد تفرقهما يرجع بديناره لبطلان الصرف و تمامه في تلخيص الجامع في باب بيع القروض قال في أوله جاز شراء ما عليه لا ما استقرض عكس المقرض الخ.

لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع لأن بالإشارة كفاية في التعريف و جهالة الوصف فيه لا تفضي إلى المنازعة و الأثمان المطلقة

لا يحتاج إلى معرفة (١) مقدارها في جواز البيع) أراد بذلك ما وقع العقد عليه سواء كان من النقدين أو غيرهما و سواء كانت ثمناً أو مثمناً بعد أن لم يكن في الأموال الربوية فانها إذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز و إن أشار إليها لاحتمال الربا و التقييد بالبيع احتراز عن السلم فان رأس المال فيه إذا كان مكيلا أو موزوناً يشترط معرفة بقداره في جواز السلم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما يجيء. و لا يكتفي بالاشارة (لأن بالاشارة كفاية في التعريف و جهالة الوصف فيه) أي جهالة القدر في العوض المشار اليه. قال الكاكيّ أي وصف المقدار في التعريف أو في البيع (لا تفضي إلى المنازعة) لأنها حاضرة و التقابض حال بخلاف جهالة وصف المقدار في المسلم فيه حيث لا يجوز لأدائها إلى المنازعة لعدم حضوره. (و الاثمان (٢) المطلقة) قال الأكملّ (٣) أي المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد و كل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله

---

(١) معرفة. و في البحر الرائق ص٢٩٨ ج٥. و المعرفة في اللغة من عرفته علمته بحاسة من الخواس الخمس عرفة و عرفانا و المعرفة اسم منه كذا في المصباح و بعضهم فرق بين المعرفة و العلم فخصها بادراك الجزئيات و استعمله في الأعم من إدراك الجزئيات و الكليات كما في التلويح و أشار بالمعرفة الى ان الشرط العلم دون ذكرهما كما في الايضاح. (٢) و الأثمان المطلقة الخ. و في كنز الدقائق و لا بد من معرفة قدر و وصف ثمن غير مشار لامشار انتهى. و قال ابن نجيمّ في البحر الرائق شرح كنز الدقائق ص٤٦٠ ج٥. و لم يذكر المصنفّ صفة المبيع و انما اشترط معرفة قدر المبيع و الثمن و أما معرفة الوصف فخصه بالثمن و مفهومه أن معرفة وصف المبيع ليست شرطا و لهذا قال في البدائع (ص١٦٣ ج٥) و أما معرفة أوصاف المبيع و الثمن فقال أصحابنا ليست شرطا و الجهل بها ليس بمانع من الصحة لكن شرط اللزوم فيصح بيع ما لم يره الخ. و ظاهر ما في فتح القدير (ص٤٦٧ ج٥) أن معرفة الوصف في المبيع و الثمن شرط الصحة كمعرفة القدر فانه قال و الصفة عشرة دراهم بخارية أو سمرقندية و كر حنطة بحرية أو صعيدية و هذا لأنها اذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة فالمشترى يريد دفع الأدون و البائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد و هو دفع الحاجة بلا منازعة الخ. فالمصنف (يعني صاحب كنز الدقائقّ) اقتصر على معرفة وصف الثمن و صاحب البدائعّ نفاه فيهما و المحقق ابن الهمامّ اشترطه فيهما و قال في القدوري و الأثمان المطلقة لا تصح الا أن تكون معروفة القدر و الصفة و الحق أن معرفة وصف المبيع ليست شرطا بعد الاشارة اليه أو الى مكانه و هو مراد صاحب البدائعّ لأن خيار الرؤية انما يثبت في مبيع أشير اليه و هو مستور و لكن ما كان ينبغي له أن يضم الثمن اليه فان خيار الرؤية لا يدخل في الأثمان و أما اذا لم يكن مشارا اليه فلا بد من بيان وصفه كحنطة مطلقة و هو مراد المحققّ و في الخانية و لو اشترى لؤلؤة في صدفة قال أبويوسف رحمه الله تعالى يجوز البيع و له الخيار اذا رأى و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز و عليه الفتوى الخ. و هكذا في الولوالجية معللا للفتوى بأنها منه خلقة و يرد على المحققّ لو قال بعتك بعشرة دراهم و لم يذكر وصفا فان البيع صحيح كما في الايضاح يعني و ينصرف الى الجياد و أما قوله بخارية أو سمرقندية فبيان للنوع كما في المعراج. (٣) قال الأكملّ في العناية ص٤٦٧ ج٥.

لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر و الصفة لأن التسليم و التسلم واجب بالعقد و هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم و التسلم و كل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الأصل.

بالجهالة المفضية إلى النزاع. و قال الاترازي المراد بالاثمان المطلقة الدراهم و الدنانير لأنهما أثمان بكل حال لأن الله تعالى خلق الذهب و الفضة ثمناً للأشياء و المعنى بالثمنية كونه بحال يقدر به مالية الاشياء و يتوصل به إليها و مما بهذه الصفة قبل الصياغة و بعدها. و يجوز أن يراد بها المطلقة عن قيد الاشارة و قد ذكرنا هذا عن الاكمل رحمه الله تعالى. و قال الكاكي ذكر الاطلاق هاهنا للاحتراز عن كونها مشاراً إليها لا للاحتراز عن أثمان غير مخلوقة للثمنية لأنه ذكره بعد قوله و الأعواض المشار اليها مع اختلاف الحكم (لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر) كالخمسة و العشرة (و الصفة) كالبخاري و السمرقندى. (لان التسليم و التسلم واجب بالعقد و هذه الجهالة) أي جهالة القدر و الصفة (مفضية إلى المنازعة) المانعة من التسليم و التسلم (فيمتنع التسليم و التسلم) أي من جهة الآخر (و كل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز) أي جواز العقد (هذا) أي كون الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة (هو الاصل) أي في كتاب البيوع بالاجماع لان شرعية المعاملات لقطع المنازعات المفضية إلى الفساد. ثم لا بد من معرفة الاثمان المطلقة. قال في الكامل (١) النقدان و الفلوس ثمن كيف ما ذكر لانهما لا يتعينان عندنا خلافاً

---

(١)قال في الكامل الخ. قال العلامة ابن نجيم في البحر الرائق ص٤٦٣ ج٥. اعلم أن الأعواض في البيع اما دراهم أو دنانير أو أعيان قيمية أو مثلية فالاول و الثاني ثمن سواء قوبلت بجنسها أو بغيرها و الثالث مبيعة أبدا و لا يجوز البيع فيها الا عينا الا فيما يجوز السلم فيه كالثياب و كما تثبت مبيعا في الذمة سلما يثبت دينا مؤجلا في الذمة على أنها سلم و حينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن بل لكونها ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة الى أجل جاز و يكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب و انما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الأجل و امتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه و الرابع كيلي أو وزني أو عددي متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بامثالها من المثليات فما كان موصوفا في الذمة فهو ثمن و ما كان معينا فمبيع فان كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمنا و الآخر مبيعا كذا في فتح القدير (ص٤٦٧ ج٥) و غيره. و الفلوس كالنقدين كما في المعراج و دخل المصوغ من الذهب و الفضة كالآنية تحت القيميات فتتعين بالتعيين للصفة و أما المثلي اذا قوبل بقيمي فلم يدخل فيما ذكرناه و قال الامام خواهر زادة أنه ثمن و من حكم النقود أنها لا تتعين و لو عينت في عقود المعاوضات و فسوخها في حق الاستحقاق فلا يستحق عينها فللمشترى امساكها و دفع مثلها قدرا و وصفا و يتعينان في الغصوب و الامانات و الوكالات على تفصيل فيها و كذا في كل عقد ليس معاوضة و لا يتعين في المهر =>

قال و يجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً

للشافعي رحمه الله تعالى فيثبت في الذمة. و عن الفراء الثمن ما يثبت في الذمة. قال صاحب المجتبى فهو المراد بالأثمان المطلقة ههنا. و عن الكرخي ما يتعين في العقد فهو مبيع و ما لم يتعين (١) فهو ثمن. قال الاترازي ثم الاموال ثلاثة أنواع ثمن مطلق و سلعة محضة و دائر بينهما بيان ذلك فيما قال صاحب التحفة ثم الدراهم و الدنانير أثمان أبداً سواء كان في مقابلتها أمثالها أو أعيان صحبها حرف الباء أو لا حتى أن في الاثمان يصير صرفاً و لو كانت بمقابلتها السلعة تصير ثمناً و السلعة مبيعا على كل حال لانها أثمان مطلقة على كل حال فلا يتعين بالتعيين و أما الاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالثياب و الدور و العقار و العبيد و العدديات المتفاوتة كالبطيخ و الثمار فهي مبيعة و يتعين بالتعيين. و لا يجوز البيع فيها إلا عيناً إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب بخلاف القياس. ثم الثياب كما تثبت مبيعاً في الذمة مؤجلا بطريق السلم تثبت دينا في الذمة مؤجلا بطريق الثمن و حينئذ يشترط الاجل في الثياب لا لأنها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة. و أما المكيل و الموزون و العددي المتقارب إن كانت في مقابلتها أثمان فهي مبيعة و إن كان في مقابلتها أمثالها أعني المكيل و الموزون و العددي المتقارب فكل ما كان موصوفاً في الذمة يكون ثمناً و كل ما كان معيناً يكون مبيعاً. و إن كان كل واحد منهما موصوفاً في الذمة فما صحبه حرف الباء يكون ثمناً و الآخر مبيعاً لان هذا مما يتعين بالتعيين و يثبت ديناً في الذمة أيضاً فتعين أحد الوجهين بالدليل. (قال) أي القدوري (و يجوز البيع بثمن حال (٢) و مؤجل) و في بعض النسخ أو مؤجل و عليه إجماع العلماء. و في الكامل (٣) لو قال بعتكه بألف حالاً و بألفين نسيئة لا يجوز لجهالة الثمن (إذا كان الاجل (٤) معلوماً) لان جهالته مانعة من

=> قبل الطلاق و بعده قبل الدخول و في تعيينها في المعاوضات الفاسدة روايتان و لا تتعين في الكتابة و تتعين في العتق المعلق بالاداء و الفرق بينهما في الظهيرية من المكاتب و تمامه فيما كتبناه من القواعد الفقهية. (١)و ما لم يتعين فهو ثمن. أقول هذا منقوض بالمسلم فيه و رأس المال اذا كان عينا كذا في السعدية. (٢)حال و مؤجل. و في المصباح حل الدين يحل بالكسر حلولا انتهى أجله فهو حال و أجل الشيء مدته و وقته الذي يحل و هو مصدر أجل الشيء أجلا من باب تعب و أجل أجولا من باب قعد لغة و أجلته تأجيلا جعلت له أجلا الخ. فظاهره لا يقال حل الا بعد تأجيل و ليس بمراد في الكتاب و في القاموس حل الدين صار حالا كذا في البحر الرائق ص ٤٧٠ ج٥. (٣)و في الكامل الخ. و في فتح القدير ص٤٦٩ ج٥. و أما البطلان فيما اذا قال بعتكه بألف حالا و بألفين الى سنة فلجهالة الثمن و من جهالة الأجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدى اليه الثمن في بلد آخر و لو قال الى شهر على أن تؤدى الثمن في بلد آخر جاز بألف الى شهر و يبطل شرط الايفاء في بلد آخر لأن تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له و لا مؤنة يصح فلو كان له حمل و مؤنة صح. (٤)اذا كان الأجل معلوما. و في السراج الوهاج الآجال على ضربين معلومة =>

لإطلاق قوله تعالى و أحل الله البيع (١) و عنه عليه الصلاة و السلام أنه اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل و رهنه درعه و لا بد أن يكون الأجل معلوماً لأن الجهالة فيه مانعة عن التسليم

التسليم و التسلم فيؤثر في صحة العقد (لاطلاق (٢) قوله تعالى و أحل الله البيع) لأنه لم يفصل بين ثمن حال و ثمن مؤجل. (و عنه عليه الصلاة و السلام) أي و عن النبى ﷺ (أنه اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل و رهنه درعه) هذا الحديث رواه البخارى (٣) و مسلم عن الأسود عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل و رهنه درعاً له من حديد. و في لفظ البخاري (٤) ثلاثين صاعاً من شعير و هذا اليهودي (٥) اسمه أبو الشحم رجل من بنى ظفر هكذا وقع مسمى فى سنن البيهقى (٦) أخرجه عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر رضى الله تعالى عنه. (و لا بد أن يكون الاجل معلوما لأن الجهالة فيه مانعةعن التسليم

=> و مجهولة و المجهولة على ضربين متقاربة و متفاوتة فالمعلومة السنون و الشهور و الايام و المجهولة المتقاربة كالحصاد و الدياس و النيروز و المهرجان و قدوم الحاج و خروجهم و الجذاذ و القطاف و صوم النصارى و فطرهم و المتفاوتة كهبوب الريح و الى أن تمطر السماء و الى قدوم فلان و الى الميسرة فتأجيل الثمن الدين المجهول بنوعيه لا يجوز و ان كان الثمن عينا فسد بالتاجيل و لو معلوما و اذا أجل الدين أجلا مجهولا بجهالة متقاربة ثم أبطله المشترى قبل محله و قبل فسخه للفساد انقلب جائزا و ان مضت المدة قبل ابطاله تأكد فساده و ان كانت جهالته متفاوتة فان أبطله المشترى قبل التفرق انقلب جائزا الخ. كذا فى البحرالرائق ص٤٦٩ ج٥. (١)و أحل الله البيع؛ البقرة:٢٧٥. (٢)لاطلاق قوله تعالى الخ. و فى الدرر أقول فيه اشكال لأن نص البيع مطلق كما قالوا و اشتراط معلومية الأجل بالدليل العقلى تقييد المطلق بالرأى و هو غير صحيح لما تقرر فى الأصول أن تقييد المطلق نسخ و نسخ الكتاب بالرأى لا يجوز كذا فى هامش الهداية. أقول هذا الاشكال ليس بشىء لأن البيع المطلق لا يتناول البيع الذى فيه الأجل مجهول لأن التسليم و التسلم واجبان بالعقد و الواجب عن الشىء فى حكم لازمه و الشىء لا يتناول مبائنه و مبائن لوازمه. (٣)رواه البخارىؒ فى البيوع باب شرى النبى ﷺ بالنسيئة ص٢٧٧ ج١. و فى السلم باب الكفيل فى السلم و باب الرهن فى السلم ص٣٠٠ ج١ و فى الاستقراض باب من اشترى بالدين و ليس عنده ثمنه ص٣٢١ ج١ و فى الرهن باب من رهن درعه ص٣٤١ ج١ و فى الجهاد باب ما قيل فى درع النبى ﷺ و القميص فى الحرب ص٤٠٨ ج١ و فى المغازى ص٦٤١ ج٢ و مسلمؒ فى البيوع باب الرهن و جوازه فى الحضر كالسفر ص٣١ ج٢ و النسائىؒ فى البيوع الرجل يشترى الطعام الى أجل و يسترهن البائع منه بالثمن رهنا ص٢٢٤ ج٢ و ابن ماجةؒ فى الرهون ص١٧٨. (٤)البخارى فى الجهاد باب ما قيل فى درع النبى ﷺ و القميص فى الحرب ص٤٠٨ ج١. (٥)و هذا اليهودى الخ. قال الحافظ العينىؒ فى عمدة القارى ص١٨٢ ج١١. و فى مسند الشافعى أن اليهودى يكنى أبا الشحمة و فى التوضيح و هذا اليهودى يقال له أبو الشحم قاله الخطيب البغدادىؒ فى مبهماته و كذا جآء فى رواية الشافعى و البيهقى من حديث جعفر بن أبى طالب عن ابيه رضى الله تعالى عنهما أنه ﷺ رهن درعا له عند أبى الشحم اليهودى رجل من بنى ظفر فى شعير لكنه منقطع كما قال البيهقىؒ و وقع فى رواية امام الحرمينؒ تسميته بأبى الشحمة كما ذكرنا عن مسند الامام الشافعى رحمه الله تعالى. (٦)سنن البيهقى فى كتاب الرهن باب جواز الرهن ص٣٦ ج٦ و قال البيهقىؒ هذا منقطع.

الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة و هذا (١) يسلم في بعيدها. قال و من أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لأنه المتعارف و فيه التحري للجواز فيصرف إليه فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها و هذا إذا كان الكل في الرواج سواء لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة

الواجب بالعقد) هو التسليم و التسلم (فهذا يطالبه به) أي البائع يطالب المشتري بالثمن (في قريب المدة و ذاك) أي المشتري (يسلمه في بعيدها) أي في بعيد المدة. (قال) أي القدوريّ (و من أطلق الثمن في البيع) بأن ذكر القدر دون الصفة مثل أن يقول المشتري مثلا إشتريت بعشرة دراهم و لم يقيدها بالبخارية أو السمرقندية و نحو ذلك. او قال اشتريت بكذا مثقالاً و لم يقيده بالخليفتي و الركني و نحو ذلك. و قال الكاكيّ قوله و من أطلق الثمن يعني ذكر القدر و النوع دون الوصف فإنه لولم يذكرهما كانت المسئلة عين الأولى و هي قوله و الأثمان المطلقة و في البداية إنما أورد هذا ليبين أن تعريف الصفة كما يحصل بالتنصيص يحصل بطريق الدلالة باعتبار العرف و كثرة الإستعمال. و في الجنازية قوله أطلق أي ذكر الوصف دون نقد البلد بعد أن سمى قدره و نوعه (كان على غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف) أي لأنه هو المتفاهم في عرف الناس و المطلق من الألفاظ ينصرف إليه بدلالة العرف. و قال تاج الشريعة نقد البلدّ أي البلد الذي جرى فيه البيع لا بلد المتبايعين (و فيه التحري للجواز) أي و في غالب نقد البلد التحري لجواز العقد (فيصرف (٢) إليه) أي فيصرف إطلاق الثمن إلى غالب نقد البلد. (فإن كانت (٣) النقود مختلفة) أي إن كانت النقود في البلد على اختلاف الوزن رائجة على السواء (فالبيع فاسد) للجهالة المانعة من التسليم و التسلم (إلا أن يبين أحدها) استثنى من قوله فالبيع فاسد إلا أن يبين أحد النقود المختلفة فحينئذ يجوز (و هذا) أي فساد البيع (إذا كان الكل في الرواج سواء لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة) لأنه لا يمكن ترجيح بعضها على البعض لإطلاق التسمية

---

(١)هذا –ن– ذاك. (٢)فيصرف اليه فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي و هو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف و ان كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة و كل منهما واجب تحريا للجواز و عدم إهدار كلام العاقل كذا في فتح القدير ص٤٦٩ ج٥. لكنه جزم في التحرير بأن العادة هي العرف العملي و ان مسئلة الدراهم من العرف القولي و في شرح المجمع لو باعه الى أجل معين و شرط أن يعطيه المشترى أي نقد يروج يومئذ كان البيع فاسدا. كذا في البحر الرائق ص ٤٧٠ ج٥. (٣)فان كانت النقود مختلفة. قال العلامة ابن نجيم الحنفيّ في البحر الرائق ص٤٧٠ ج٥. و المراد باختلاف النقود اختلاف ماليتها مع الاستواء في الرواج كالبندقي و القايتبابي و السليمي و المغربي و الغوري=>

إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب و أروج فحينئذ يصرف إليه تحرياً للَجواز. و هذا إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي و الثلاثي و النصرتي اليوم بسمرقند و الإختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع إذا أطلق إسم الدرهم

(إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان) بأن يبين بعض النقود أنه هو المراد (أو يكون أحدها) أي أحد النقود (أغلب و أروج فحينئذ يصرف اليه) أي إلى الأغلب الأروج (تحرياً للجواز) أي طلباً لجواز العقد إذ أمور المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن (و هذا) أي فساد العقد في المستوية الرواج (إذا كانت) أي النقود (مختلفة في المالية) كالذهب الركني و الخليفتي فإن الخليفتي أفضل في المالية من الركني. (فإن كانت سواء فيها) أي في المالية (كالثنائي) و هو ما كان الإثنان منه يعبر دانقاً (و الثلاثي) و هو ما كان الثلاث منه يعبر دانقاً (و النصرتي اليوم بسمرقند) و هو بمنزلة الناصري ببخارى كذا قال الإمام حميد الدينؒ في فوائده (و الإختلاف (١) بين العدالي بفرغانة) قال الاترازيؒ و هي لغة فقهاء ما وراء النهر و يسمون الدرهم عدالياً و قد استعملوها في كتبهم (جاز البيع) جواب قوله فإن كانت سواء (إذا أطلق اسم الدرهم) أي فيما ذكر من هذه الأشياء

=> في القاهرة الآن فالحاصل أن المسئلة رباعية لأنها اما أن تستوى في الرواج و المالية معا أو يختلف فيهما أو يستوى في أحدهما دون الآخر و الفساد في صورة واحدة و هي الاستواء في الرواج و الاختلاف في المالية و الصحة في ثلاث صور فيما اذا كانت مخلتفة في الرواج و المالية فينصرف إلى الأروج و فيما اذا كانت مختلفة في الرواج مستوية في المالية فينصرف الى الاروج أيضا و فيما اذا استوت فيهما و انما الاختلاف في الاسم كالمصرى و الدمشقي فيتخير في دفع أيهما شآء فلو طلب البائع أحدهما للمشترى أن يدفع غيره لأن امتناع البائع من قبول ما دفعه المشترى و لا فضل تعنت و لذا قلنا ان النقد لا يتعين في المعاوضات و مثل في الهداية مسئلة الاستواء في المالة بالثنائى و الثلاثى و تعقبه في العناية بأنه لا يصح مثالا لأن ما كان الثنان منه دانقا و ما كان ثلاثة منه دانقا لا يكون في المالية سواء لكن يمكن أن يكون في الرواج سواء و فسر الثنائى و الثلاثى في المعراج كما في العناية و في فتح القدير (ص ٤٧٠ ج٥) الثنائى و الثلاثى اسما دراهم كانت في بلادهم مختلفة المالية و كذا الركنى و الخليفتى في الذهب كان الخليفتى أفضل مالية عندهم و العدالى اسم لدراهم الخ. و فسرها الزيلعيؒ بأن الثنائى ما كان الثنان بدرهم و الثلاثى ما كان ثلاثة منها بدرهم و حاصله أن الثنائى قطعتان من فضة إما بدانق أو بدرهم و الثلاثى ثلاث قطع منها إما بدانق أو بدرهم و اذا با ع سلعة بدرهم في بلدة فيها درهم قطعتان و درهم ثلاثة خير المشترى ان شآء دفع قطعتين من الثنائى أو ثلاثا من الثلاثى فالحق ما في الهداية من الاستواء في المالية لأن قيمة الثنائى بقدر قيمة الثلاثى و ليس المراد القطعة حتى يكون من باب اختلاف المالية نعم لو با ع شيئا بقطعة فسد لأن قطعة الثنائى نصف درهم و قطعة الثلاثى ثلث درهم هذا ما ظهرلى في حل هذا المحل و لم أره لغيرى.

(١) و الاختلاف بين العدالي الخ. أقول و الظاهر أنه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود في المالية أن يثبت اختلافها فيها كذا في السعدية.

كذا قالوا. و ينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه لا منازعة و لا اختلاف فى المالية.
قال و يجوز بيع الطعام و الحبوب مكايلة و مجازفة.

(كذا قالوا) أي كذا قال المتأخرون من المشايخ رحمهم الله تعالى (و ينصرف إلى ما قدر به) أي ينصرف اسم الدرهم إلى ما قدر به من المقدار كعشرة و نحوه (من أي نوع كان) من غير قيد بنوع معين (لأنه لا منازعة) فى الاستواء فى الرواج (و لا اختلاف فى المالية) للمساواة فيها. (قال) أي القدوري (و يجوز (١) بيع الطعام) و المراد (٢) بالطعام الحنطة و دقيقها لأنه يقع عليهما عرفاً كذا قاله الشراح و قيدوا بقولهم عرفاً و يؤيد هذا ما قاله الخليل إن العالى فى لغة العرب أن الطعام هو البر خاصة (و الحبوب) كالعدس و الحمص و نحوهما و من جعل الطعام أعم قال ذكر الحبوب مستدرك و ليس كذلك لأن الطعام اسم للبر خاصة و الحبوب غيره فافهم (مكايلة) (٣) مصدر من باب المفاعلة يقال كايلته (٤) مكايلة إذا كلت له و كال لك (و مجازفة) و هو أيضاً مصدر من جازف. و قال الجوهري (٥) الجزف أخذ الشيء مجازفة و جزافاً فارسي معرب. و في المغرب (٦) و هو البيع بالحدس و الظن بلا كيل و لا وزن. و في الجمهرة (٧) الجزف الأخذ

---

(١)يجوز بيع الطعام الخ. أقول يدل على جواز بيع الطعام مجازفة حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال لقد رأيت الناس فى عهد رسول الله ﷺ يبتاعون جزافا يعنى الطعام يضربون أن يبيعوه فى مكانهم حتى يؤوه الى رحالهم أخرجه البخارىّ فى البيوع باب من رأى اذا اشترى طعاما جزافا الخ ص٢٨٦ ج١ و مسلمٌ فى البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ص٥ ج٢ و أبو داودٌ فى البيوع باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ص١٣٧ ج٢ و النسائىّ فى البيوع بيع ما يشترى من الطعام جزافا الخ ٢٢٤ ج٢. (٢)و المراد بالطعام الخ. كذا فى العناية ص ٤٧٠ ج٥. و فى فتح القدير الطعام و هى الحنطة و دقيقها فى العرف الماضى. و فى لسان العرب مادة طعم. الطعام اسم جامع لكل ما يؤكل و الجمع أطعمة و أطعمات جمع الجمع و أهل الحجاز اذا أطلقوا اللفظ بالطعام عنوا به البر خاصة و قال الخليلٌ العالى فى كلام العرب أن الطعام هو البر خاصة. قال ابن الأثيرٌ الطعام عام فى كل ما يقتات من الحنطة و الشعير و التمر و غير ذلك اه ملخصا. و فى البحر الرائق ص٤٧٣ ج٥. و قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى الطعام فى عرفنا ينصرف الى ما يمكن أكله يعنى المعتاد للأكل كاللحم المطبوخ و المشوى و نحوه و قال الصدر الشهيدٌ و عليه الفتوى فلا تدخل الحنطة و الدقيق و الخبز كما فى النهاية. (٣)مكايلة أي بشرط عدد من الكيل كذا فى فتح القدير. (٤)كايلته الخ. و فى لسان العرب مادة كيل. كايل الرجل صاحبه قال له مثل ما يقول أو فعل كفعله و كايلته و تكايلنا اذا كال لك و كلت له فهو مكائل بالهمز. (٥)قال الجوهرى فى الصحاح مادة جزف ص ١٣٣٧ ج٤. (٦)و فى المغرب ص١٤٥ ج١. (٧)و فى الجمهرة الخ. نحوه فى لسان العرب مادة جزف ص٢٧ ج٩. و فيه أيضا و الجزاف (بالضم) و الجزاف (بالكسر) و الجزافة (بالضم) و الجزافة (بالكسر) بيعك الشيء و اشتراؤكه بلا وزن و كيل و هو يرجع الى المساهلة و هو دخيل تقول بعته بالجزاف و الجزافة (بالضم فيهما) و القياس جزاف (بالكسر) و فى البحر الرائق ص٤٧٣ ج٥. و الجزاف بالضم خارج عن القياس و هى فارسية معرب كزاف و يقال لمن يرسل كلامه ارسالا من غير قانون جازف فى كلامه فأقيم نهج الصواب مقام الكيل و الوزن اه ملخصا.

و هذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة و السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا. و لأن الجهالة غير مانعة من التسليم و التسلم فشابه جهالة القيمة. قال و يجوز بإناء بعينه

بكثرة و من ذلك قولهم جزف له في الكيل إذا أكثر و منه الجزاف و المجازفة في الشرك و البيع و هو يرجع إلى المساهلة. (و هذا) أي البيع مجازفة (إذا باعه بخلاف جنسه) فحينئذ يجوز (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد) هذا الحديث (١) بهذا اللفظ غريب و قد روى (٢) الجماعة غير البخاريّ عن عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال الذهب بالذهب و الفضة بالفضة و البر بالبر و الشعير بالشعير و التمر بالتمر و الملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد. (بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة) حيث لا يجوز (لما فيه من احتمال الربا) لأنه ربما يزيد أحد الجنسين على الآخر فيصير ربا. و قال الكاكيّ قوله إذا باعه بخلاف جنسه إنما يفيد فيما إذا كان شيئاً يدخل تحت الكيل و أما إذا كان قليلا لا يدخل تحت الكيل فيجوز بيعه بجنسه مجازفة أيضاً كذا في الذخيرة (و لأن الجهالة) عطف على قوله لقوله عليه الصلاة و السلام أي لأن جهالة بيع الحبوب و الطعام مكايلة و مجازفة (غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة) أي شابه جهالة المجازفة جهالة القيمة بأن اشترى شيئاً بدرهم و لم يدر قيمته أزيد منه أو أنقص يجوز لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة و المانع هي الجهالة المفضية إلى المنازعة. (قال) أي القدوريّ في مختصره (و يجوز) (٣) أي البيع (بإناء بعينه) بأن

(١)هذا الحديث الخ. كذا في نصب الراية ص٤ ج٤. (٢)روى الجماعة الخ. قلت رواه مسلمٌ في البيوع باب الربا ص٢٣ ج٢ و ابو داودٌ في البيوع باب في الصرف ص١١٩ ج٢ و الترمذيّ في البيوع باب ما جآء أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الخ ص١٤٩ ج١ و النسائيّ في البيوع بيع التمر بالتمر متفاضلا ص٢١٩ ج٢ و بيع البر بالبر و بيع الشعير بالشعير ص٢٢٠ ج٢ و ابن ماجةٌ في البيوع باب الصرف الخ ص١٦٤ و روى مسلمٌ ايضا في البيوع باب الربا ص٢٣ ج٢ عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ التمر بالتمر و الحنطة بالحنطة و الشعير بالشعير و الملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الا ما اختلفت ألوانه. (٣)و يجوز الخ. لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يبتاعون جزافا يعني الطعام. أخرجه البخارى و مسلم و أبو داود و النسائى رحمهم الله تعالى و قد مر تخريجه مفصلا عن قريب في هامش البناية ص٣٤ ج١٠ و بيان الاستدلال ما قال العلامة العثمانيّ في إعلاء السنن باب اشتراء الطعام و الحبوب جزافا ص٥ ج١٤ تحت هذا الحديث و يعلم منه جواز البيع باناء بعينه لا يعرف مقداره و بحجر بعينه لا يعرف وزنه لأنه ليس بأدنى من البيع جزافا و اذا جاز ذلك فجواز هذين بالأولى.

لا يعرف مقداره و بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر و الهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق (١) المنازعة

قال بهذا الإناء و أشار اليه و لكن (لا يعرف مقداره) أي مقدار الإناء (و بوزن حجر) أي و كذا يجوز البيع بوزن حجر (بعينه لا يعرف مقداره لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله) أي قبل التسليم لأنه يندر هلاك كل من الإناء و الحجر قبل التسليم. و في المبسوط (٢) لو اشترى بهذا الإناء يداً بيد فلا بأس به لأن في المعين البيع مجازفة يجوز. (بخلاف السلم) حيث لا يجوز فيه باناء بعينه و لا بحجر بعينه (لأن التسليم فيه) أي لأن تسليم المعقود عليه في السلم (متأخر) إلى مدة (و الهلاك) أي هلاك الحجر و الاناء المعينين (ليس بنادر قبله) أي قبل التسليم (فتتحقق المنازعة) عند ذلك فلا يجوز. و قال الكاكيّ و يجوز باناء من حديد أو خشب و ما أشبه ذلك. أما إذا جهل كالزنبيل و الجوالق و الغرائر لا يجوز و لو باعه طعاما على أن يكيله بزنبيل اوباناء يشبه الزنبيل لا يجوز في قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و كذا لو اشترط عليه وزن ثوب أو متاع أو ملأ جوالق. و في جمع (٣) التفاريق عن محمد رحمه الله تعالى جواز الشراء بوزن هذا الحجر و فيه الخيار و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز. و في جمع النوازل لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا ثم علم به جاز و له (٤) الخيار. و كذا لو باع عبده بما باع به فلان عبده جاز. و في جمع العلوم لو يعلم المشتري جاز و بما يبيع الناس لا يجوز و هكذا ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و حكي عنه وجه أنه يجوز و إن لم يعلم ما باع فلان. و عن (٥) أبي جعفرٌ لو قال بعتك من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز و مثل ما يملأ هذا (٦) الطشت يجوز. و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى (٧) لا يجوز

---

(١) فتتحقق -ن- فيتحقق. (٢) و في المبسوط الخ. و في البحر الرائق ص٤٧٥ ج٥. و شرط في المبسوط في مسئلة الكتاب أن يكون يدا بيد فلا يصح الا بشرط تعجيل التسليم و من هنا طعن المحققٌ في فتح القدير (ص ٤٧١ ج٥) على من اشترط فيما يوزن به أن لا يحتمل النقصان لأنه حينئذ لا جفاف يوجب النقصان و ما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز كما لا يجوز في السلم إلى آخر ما حققه و هو حسن جدا. (٣) و في جمع التفاريق الخ كذا في فتح القدير و فيه أيضا و ينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في البيع أيضا كما لا يجوز في السلم أي لا يلزم و في البحر الرائق ص٤٧٥ ج٥ بعد نقل عبارة فتح القدير و هو غير محتاج اليه بل ظاهر الهداية أنه على حقيقته و لذا قال إن الجواز أصح و أظهر. (٤) له الخيار. و هذا الخيار خيار كشف الحال. كذا في البحر الرائق ص٤٧٦ ج٥. (٥) عن أبي جعفرٌ الخ. كذا في فتح القدير ص٤٧٢ ج٥. (٦) هذا الطشت. و ذكر في السراج الوهاج القصعة مع الطشت. كذا في البحر ص٤٧٦ ج٥. (٧) عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. =>

و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في البيع أيضاً و الأول أصح و أظهر. قال و من باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

شراء قربة من ماء هذا النهر لأن الماء ليس عنده و لا يعرف قدر القربة و أطلق جوازه في المجرد و كذا قربة بعينها أو راوية من ماء الفرات يوفيه في منزله. و جوز أبو يوسف رحمه الله تعالى أيضا. و عنه إذا ملأها ثم تراضيا جاز و هذه مجازفة. و قال برهان الدينّ باع كل حق له في هذه القربة و لم يعلما نصيبه لم يجز ولو علما جاز. و لو علم المشتري دون البائع جاز و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و على عكسه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به قال الشافعي رحمه الله تعالى. و قال مالك رحمه الله تعالى إن بينه البائع يجوز. (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في البيع أيضا) أي في بيع المساواة أيضا وهو رواية الحسنّ عنه. روى ذلك الفقيه أبو الليثّ في العيون ثم قال و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول ثم رجع (١) فقال إذا كان الاناء مما لا يقع إذا حشي فيه فالبيع جائز مثل الطشت و نحو ذلك و أما الزنبيل و الجوالق فلا يجوز لاحتمال الزيادة و النقصان (و الأول) أراد به ما ذكره القدوريّ بقوله و يجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره (أصح) و دليله مذكور في المتن (و أظهر) أي بحسب الرواية و التعليل. (قال) أي القدوريّ (و من باع صبرة طعام كل قفيز (٢) بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) الصبرة الطعام المجتمع كالكومة و جمعها صبر بضم الصاد و فتح الباء. و قال الجوهريّ (٣) الصبرة واحدة صبر الطعام و يقال اشتريت الشيء صبرة أو بلا وزن و لا كيل و القفيز مكيال و جمعه قفزان قاله في المغرب (٤) و لم يبين قدره. و قال (٥) الجوهريّ القفيز مكيال و هو ثمانية مكاكيك و لم يبين المكوك إلا في باب الكاف و قال (٦) المكوك مكيال و هو ثلاث كيلجات و الكيلجة مناً و سبعة أثمان من و المن رطلان و الرطل اثنتا عشرة أوقية

=> كذا في فتح القدير. و في المحيط بيع المآء في الحياض و الآبار لا يجوز الا اذا جعله في إناء و في الخلاصة خلافه قال اشترى كذا كذا قربة من مآء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة كذا في البحر الرائق ص٤٧٥ ج٥. (١)ثم رجع الخ. و في العناية ص٤٧١ ج٥. و روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة و نحوها أما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل و نحوه فانه لا يجوز. (٢) كل قفيز. و في البحر ص٤٧٧ ج٥. قيد بقوله كل قفيز لأنه لو قال بعتك هذه الصبرة على أنها قفيز أو بعتك قفيزا منها فهما سواء و البيع واقع على قفيز واحد فان وجده أقل من قفيز فله الخيار لتفرق الصفقة كما اذا قال بعتك على أنه كر كل قفيز بكذا فوجده أنقص فله الخيار كذا في غاية البيان. (٣)قال الجوهريّ في الصحاح مادة صبر ص٧٠٧ ج٢. (٤)في المغرب مادة قفز ص١٩٠ ج٢. (٥)قال الجوهريّ في الصحاح مادة قفز ص٨٩١ ج٣. (٦)قال أي الجوهريّ في الصحاح مادة مكك ص١٦٠٩ ج٤. المكوك (بفتح الميم و تشديد الكاف كتنور) مكيال و هو =>

إلا أن يسمى جملة قفزانها. و قالا يجوز في الوجهين. له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع و الثمن

و الأوقية إستار و ثلثا إستار و الإستار أربعة مثاقيل و نصف و المثقال درهم و ثلاثة اسباع درهم و الدرهم ستة دوانيق و الدانق قيراطان و القيراط طسوجان و الطسوج حبتان و الحبة سدس ثمن درهم و هو جزء من ثمانية و أربعين جزءاً من درهم و الجمع مكاكيك انتهى كلام الجوهري (إلا أن يسمى جملة قفزانها) و في بعض النسخ جميع قفزانها فحينئذ يصح في الكل و كذلك إذا كان الصبرة في المجلس صح البيع و ثبت للمشتري الخيار (و قالا) (١) أي أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يجوز في الوجهين) و هو ما إذا ذكر جملة القفزان و إذا لم يذكر و به قال (٢) الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى. (له) أي لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع و الثمن) لأن جملة القفزان غير معلوم فيكون ما بإزائها غير معلوم أيضاً. فإن قيل (٣)

=> ثلاث كيلجات (بفتح الكاف و سكون الياء و فتح اللام) و الكيلجة مَناً (بفتح الميم مع النون المنونة) و سبعة أثمان مَناً و المَناَ رطلان (بكسر الراء) و الرطل إثنا عشرة أوقية و الأوقية (بضم الهمزة و سكون الواو و كسر القاف و تشديد الياء) إستار (بكسر الهمزة) و ثلثا إستار و الإستار أربعة مثاقيل و نصف و المثقال درهم و ثلاثة أسباع درهم و الدرهم ستة دوانيق و الدانق (بكسر النون) قيراطان و القيراط (بكسر القاف) طسوجان (بفتح و ضم السين المشددة) و الطسوج حبتان و الحبة سدس ثمن درهم و هو جزء من ثمانية و أربعين جزءا من درهم و الجمع مكاكيك. (١) و قالا الخ. و فى البحر الرائق ص٤٧٦ ج٥. و ظاهر ما فى الهداية ترجيح قولهما لتأخيره دليلهما كما هو عادته و قد صرح فى الخلاصة فى نظيره بأن الفتوى على قولهما فقال رجل اشترى العنب كل وقر بكذا و الوقر عندهم معروف ان كان العنب عندهم من جنس واحد يجب أن يجوز فى وقر واحد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كما فى بيع الصبرة كل قفيز بدرهم و ان كان العنب عندهم أجناسا مختلفة لا يجوز البيع أصلا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كبيع قطيع الغنم و عندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا فى كل العنب كل وقر بما قال و كذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا أورده الصدر الشهيدؒ و الفقيه أبو الليثؒ جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه و ان كان من أجناس مختلفا فيه قال الفقيه أبو الليثؒ و الفتوى على قولهما تيسيرا للامر على المسلمين الخ. و فى فتح القدير (ص٤٧٦ ج٥) و تفريع الصدر الشهيدؒ أوجه الخ. و فى المعراج أن أبا الليثؒ هذا هو الخوارزمى فظاهره أنه ليس هو الفقيه المشهور. (٢) و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى كذا فى فتح القدير ص٤٧٢ ج٥ و المغنى لابن قدامة الحنبليؒ ص٢٢٩ ج٤. (٣) فان قيل الخ. و فى فتح القدير ص٤٧٣ ج٥. و أما ما أورد من أن الجهالة و ان كانت ثابتة لكنها لا تفضى الى المنازعة لأن بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا أو قليلا فجوابه أن المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة و قدرا لعدم الاشارة و لا معرف شرعا له غير ذلك و أما الجواب بمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لأن البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن و هو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهافت ظاهر لأنه لا يتصور أن يطالبه إلا بعد أن يكيله ليعرف القدر الذى يطالب به اذ لا يمكن أن يطالبه الا بكمية خاصة مشار اليها أو مضبوطة الوزن و حينئذ يعلمها المشترى فيقدر على التسليم و لو امتنع بعد هذا التقدير كان مطلا لا المنازعة المفسدة.

فيصرف إلى الأقل و هو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل فى المجلس و صار هذا كما لو أقر و قال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع. و لهما أن الجهالة بيدهما إزالتها و مثلها غير مانع كما إذا باع عبداً من عبدين على أن المشتري بالخيار ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه

سلمنا جهالتهما و لكن جهالة لا تفضى إلى المنازعة فينبغي أن لا يفسد البيع كما في الأعواض المشار اليها لأن كل قفيز بدرهم فبعد ذلك لا يتفاوت أن يكون الصبر مائة أو أقل أو أكثر. قلنا قد تفضي إلى المنازعة لأن البائع يطالب المشتري بالثمن أولاً و الثمن غير معلوم فيعجز عن تسليم الثمن و كذا البائع يعجز عن تسليم المبيع لعدم عرفانه قدر المبيع فيتنازعان (فيصرف إلى الأقل) أي يصرف البيع إلى الأقل (و هو) أي الأقل (معلوم) أي معلوم القدر و الثمن و جاز إفراده من الجملة لعدم الضرر لأحد صيانة لكلاميهما عن الإلغاء بقدر الإمكان (إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان) بأن يقول بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم فيصح حينئذ و يقع البيع على جميعها (أو بالكيل) أي أو تزول الجهالة بكيل الصبرة (في المجلس) قيد به لأنه إذا كان بعد الإفتراق منه لا يصح لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة فالعلم فيه كالعلم في حالة العقد أما لو افترقا تقرر الفساد فلا ينقلب جائزاً. فإن قيل (١) يشكل بما إذا كان الفساد بأجل (٢) مجهول أو بشرط خيار أربعة أيام فإنه ينقلب جائزاً يرفع المفسد بعد الإفتراق عن المجلس. قلنا الفساد ثمة لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس فإن أثر الفساد هناك لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع و امتداد الأجل اليه. (و لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن الجهالة بيدهما إزالتها) أي إزالة الجهالة بأن يكيلا الصبرة في المجلس فلا يفضي إلى المنازعة (و مثل ذلك غير مانع) أي مثل المذكور من الجهالة غير مانع عن صحة العقد. و فى بعض النسخ و مثلها غير مانع أي و مثل الجهالة الغير المفضية إلى المنازعة غير مانع و نظر لذلك بقوله (كما إذا باع عبدا من عبدين على أن المشتري بالخيار) إن شاء أخذ هذا و إن شاء أخذ ذلك فإذا أخذ أيهما شاء ارتفعت الجهالة فكذا هنا. (ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فالخيار للمشتري لتفرق (٣) الصفقة عليه) أي على

---

(١)فان قيل الخ. نحوه فى العناية. (٢)بأجل مجهول. أقول كأن يبيع إلى النيروز و المهرجان و قدوم الحاج ثم أسقطا الأجل قبل حلوله. كذا فى السعدية. (٣)لتفرق الصفقة عليه. فان قيل ينبغى أن يكون للبائع الخيار أيضا لتفرق =>

و كذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه علم بذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه و لم يكن رآه وقت البيع. و من باع قطيع غنم كل شاة بدرهم

المشتري و لا خيار للبائع و إن تفرقت الصفقة عليه أيضاً لأن التفرق جاء منه و هو امتناعه عن تسمية جملة القفزان أو الكيل في المجلس فيكون راضياً به (و كذا إذا كيل في المجلس) أي و كذا الخيار للمشتري إذا كيل المذكور من الصبرة في المجلس (أو سمى جملة قفزانها) بأن قال بعتك هذه الصبرة مائة كل قفيز بدرهم فللمشتري الخيار أيضاً (لأنه علم ذلك الآن فله الخيار) لأنه ربما كان في حدسه أو ظنه أن الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت و ليس له من الثمن ما يقابله و لا يتمكن من أخذ الزائد مجاناً و في تركه تفريق الصفقة على البايع أو نقصت فيحتاج أن يشتري في مكان آخر و هل يوافق أم لا فاذا كان كذلك فله الخيار لأنه يصير (كما إذا رآه و لم يكن رآه وقت البيع) فيثبت له الخيار. و قال تاج الشريعةّ و الجواب (١) لأبي حنيفة رحمه الله تعالى من بيع عبد من عبدين أن القياس فيه الفساد فيه أيضا إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص. (و من باع (٢) قطيع غنم) أي طائفة منه و كذا من البقر. و في المغرب (٣) القطيعة الطائفة (كل (٤) شاة بدرهم) يجوز في لفظ كل الرفع و النصب أما الرفع فعلى الإبتداء تقديره كل شاة سميت

=> الصفقة عليه أيضا قلنا التفرق في حقه جآء من قبله لامتناعه عن الكيل للكل فكان راضيا به فان قيل ينبغي أن لا يكون للمشتري الخيار على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن شراء الصبرة يقع على قفيز واحد عنده فكأنه اشترى قفيزا من صبرة و ثمة لا يكون له الخيار قلنا هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمه كل فقيه فكيف العامي فاذا لم يكن المشترى عالما بأن العقد واقع على قفيز واحد و قد علم الآن يثبت الخيار عند العلم كذا في الكفاية ص٤٧٤ ج٥. و صرح في البدائع بلزوم البيع في الواحد و هذا هو الظاهر و عندهما البيع في الكل لازم كذا في البحر ص٤٧٧ ج٥. (١)و الجواب الخ. كذا في العناية و الكفاية. (٢)و من باع قطيع غنم الخ. لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات كذا في فتح القدير ص٤٧٥ ج٥. (٣)في المغرب مادة قطع ص١٨٦ ج٢. و في لسان العرب ص٢٨١ ج٨. القطيع الطائفة من الغنم و النعم و نحوه و الغالب عليه أنه من عشر إلى أربعين و قيل ما بين خمس عشرة إلى خمس و عشرين و الجمع أقطاع و أقطعة و قطعان (بضم القاف و سكون الطاء) و قطاع بكسر القاف و أقاطيع قال سيبويه و هو مما جمع على غير بناء واحده. (٤)كل شاة بدرهم. و في البحر ص٤٨٠ ج٥. و قيد بقوله كل شاة بدرهم لأنه لو اشترى الرجل غنما أو بقرا أو عدل زطي كل اثنين من ذلك بعشرة دراهم فهو باطل اجماعا لأن كل شاة لا يعرف ثمنها الا بانضمام غيرها اليها و أنه مجهول لا يدرى و ان كان ذلك في مكيل أو موزون أو عددي متقارب جاز كما في الخانية. و في السراج الوهاج قال الحلوانيّ الأصح أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا أحاط علمه بعدد الأغنام في المجلس لا ينقلب العقد صحيحا لكن لو كان البائع على رضاه و رضي المشترى ينعقد البيع بينهما بالتراضي كذا في الفوائد الظهيرية و نظيره البيع بالرقم الخ و في البدائع و على هذا الخلاف الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من الأواني و اللعب الخ.

فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و كذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهم و لم يسم جملة الذرعان. و كذا كل معدود متفاوت و عندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع و ذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت

بدرهم و أما النصب فيحتمل أن يكون بدلاً من القطيع بدل البعض عن الكل (فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و هذه المسألة ذكرها القدوري و لم يذكر فيها الخلاف و المصنف ذكره (و كذلك) فسد البيع (من باع ثوباً (١) مذارعة) أي بشرط الذرع كذا قاله الاترازي و الكاكي رحمهما الله تعالى و لكن هذا اللفظ من باب المفاعلة فالمعنى من باع ثوبا على أنه و المشترى يذارعانه مذارعة كل ذراع بدرهم و لم يسم جملة الذرعان بضم الذال جمع ذراع (و كذا) فسد البيع إذا باع (كل معدود (٢) متفاوت) أي متفاوت في القيمة كالبطيخ و الرمان و السفرجل و الخشب و الأواني و لم يسم جملة العدد هذه المسئلة على ثلاثة أوجه. أحدها: أن يبين جملة الذرعان و قال بعده كل ذراع بدرهم و لم يبين جملة الثمن فهو جائز لأن المبيع معلوم و جملة الثمن معلومة لبيان الذرعان. الثانية: أن يبين جملة الثمن لا المبيع و قال بعده كل ذراع بدرهم فهو أيضاً جائز لأنه لما بين جملة الثمن و سمي لكل ذراع درهماً صار جميع الذرعان معلوماً. و الثالثة: أن لا يبين جملة المبيع و لا جملة الثمن و قال بعده كل ذراع بدرهم فهي مسألة الكتاب ذكرها في النهاية (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى. (يجوز في الكل) و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى (لما قلنا) و هو أن إزالة الجهالة بيدهما (و عنده) أي و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (ينصرف إلى الواحد لما بينا) و هو قوله ينصرف إلى الأقل و هو معلوم (غير أن بيع شاة من قطيع و ذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت

---

(١)ثوباً. اطلق الثوب و قيده العتابي في شرح الجامع الصغير بثوب يضره التبعيض أما في ثوب الكرباس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام الواحد كذا في غاية البيان و في القنية اشترى ذراعا من خشبة أو ثوب من جانب معلوم لا يجوز و لو قطعه و سلمه أيضا لا يجوز الا أن يقبل و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى جوازه و عن محمد رحمه الله تعالى أنه فاسد و لكن لو قطع و سلم فليس للمشترى الامتناع و على هذا لو باع غصنا من شجرة من موضع معلوم حتى لو اشترى الأوراق بأغصانها و كان موضع قطعها معلوما و مضى وقتها فليس للمشترى أن يسترد الثمن الخ كذا في البحر ص٤٨٠ ج٥. (٢)كل معدود متفاوت الخ. و في البحر ص٤٨٠ ج٥. كل عددى متفاوت كالبقر و الابل و العبيد و البطيخ و الرمان و السفرجل و في المعراج البيض كالرمان قياسا و استحسانا كالقفزان الخ.

و بيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضى الجهالة إلى المنازعة فيه و تفضى إليها في الأول فوضح الفرق. قال و من ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشترى بالخيار إن شاء أخذ بالموجود بحصته من الثمن و إن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود و إن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين و القدر ليس بوصف

و بيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه و تفضى اليها) أي و تفضى الجهالة إلى المنازعة (في الأول) و هو بيع شاة من قطيع و ذراع من ثوب (فوضح الفرق) أي ظهر و انكشف و هو أن الأقل هو الشاة الواحدة من قطيع و الذراع من ثوب لم يصرف إليه للتفاوت و القفيز الواحد من صبرة يصرف إليه لعدم التفاوت و هو الفرق (قال) أي القدوريّ (و من ابتاع صبرة طعام) أي من اشتراها (على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل) أي من المائة و في بعض النسخ أقل من ذلك (كان المشترى) بكسر الراء (بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن و إن شاء فسخ البيع لتفرق (١) الصفقة عليه) أي على المشتري (فلم يتم رضاه بالموجود) و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى (و إن وجدها أكثر) أي و إن وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز (فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين) وهو مائة قفيز (و القدر ليس بوصف) أي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع. و اعلم (٢) ان المشايخ رحمهم الله تعالى ذكروا في الفرق بين القدر و هو الأصل و الوصف حدودا فقيل كل ما يتعيب بالتنقيص و التشقيص فهو وصف و ما لا يتعيب بهما فهو أصل. و قيل ما يكون وجوده جهة في تقوم نفسه و غيره و عدمه جهة في نقصان نفسه و غيره فهو وصف و ما لا يكون بهذه المثابة فهو أصل فيخرج على هذا المكيلات و الموزونات و المذروعات فان المكيل لا يتعيب بالتنقيص و المذروع يتعيب و الطول و العرض يزيد في قيمة نفسه و غيره بخلاف المكيل و الموزون فان صبرة الأقفزة إذا انتقص منها قفيز يشتري الباقي بالثمن الذي يخصه

---

(١) لتفرق الصفقة الخ. أقول ينبغى أن يكون علة للفسخ لا لقوله خير اذ لا معنى له و أيضا لا يكون الكلام مطابقا للمشروح كذا فى السعدية. (٢) و اعلم أن المشايخ رحمهم الله تعالى الخ. و فى الكفاية ص٤٧٦ ج٥. اعلم أن المشايخ رحمهم الله تعالى ذكروا فى الفرق بين الأصل و الوصف حدودا قيل ان ما يتعيب بالتبعيض و التشقيص فالزيادة و النقصان فيه وصف و ما لا يتعيب بهما فالزيادة و النقصان فيه أصل و قيل الوصف ما لوجوده تاثير فى تقوم غيره و لعدمه تاثير فى نقصان غيره و الأصل ما لا يكون بهذه المثابة و قيل ان ما لا ينتقص الباقى بفواته فهو أصل و ما ينتقص الباقى بفواته فهو وصف و مثله فى العناية و فيه أيضا و الثالث قريب من الثانى.

و من اشترى ثوباً على انه عشرة أذرع بعشرة أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بجملة النمن و إن شاء ترك لأن الذراع وصف في الثوب ألا ترى أنه عبارة عن الطول و العرض و الوصف لا يقابله شيء من الثمن

مع القفيز و الذراع الواحد إذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه. و قال الكاكي و ثمرة كون الذرع وصفاً و القدر أصلاً يظهر في مواضع منها ما ذكر في الكتاب و هو أنه إذا وجده زائداً فهو للبائع و منها انه لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل الكيل و الوزن إذا اشتراه بشرط الكيل و الوزن و في المذروع يجوز له التصرف قبل الذرع سواء اشتراه مجازفة أو على أنه عشرة أذرع لأنه لما كان وصفا لا يكره اختلاط البيع بغيره فيجوز التصرف له قبل الذرع لأن الكل له سواء نقص أو زاد بخلاف المكيل و الموزون لأن الزائد أصل لا تبع فيلزم الإختلاف فلا يجوز التصرف قبل الكيل أو الوزن و منها أن بيع الواحد للاثنين لا يجوز في المكيلات و الموزونات. و في المذروعات يحوز لأن الزيادة لما كانت أصلا و كانت شيئا يعتد به فلا يجوز بدون المساواة في الأموال الربوية بخلاف المذروع فلم يعتبر زيادة مانعة لكونه تبعا. (و من اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا) أي أو اشترى أرضا (على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن و إن شاء ترك لأن الذراع وصف في الثوب) لما بينا من ظهور أمارة الوصفية و التبعية فيه دون غيره من زيادة القوة بزيادته و نقصانها بنقصانه و لعدم تمكن أفراده من الجملة حتى لو باع ذراعا من ثوب لم يجز لأن المقصود من الثوب هو التزين و اللبس لا يحصل بذراع بخلاف القفيز من الصبرة (ألا ترى أنه عبارة عن الطول و العرض) هذا توضيح لكونه بمنزلة الوصف. فان قيل الاستدلال بهذا على أن الذرع وصف غير مستقيم فان الطول و العرض كما هو وصف فكذلك القلة و الكثرة من حيث الكيل و الوزن أيضا وصف يقال شيء قليل و كثير فلم يكن القفيز الزائد هناك وصفا. قلنا بل أن القلة و الكثرة من حيث الكيل و الوزن كان أصلا و من حيث الذرع كان وصفا لدخولهما تحت الحدود التي ذكرنا في التفرقة بين الأصل و الوصف فانه زيادة شبر واحد مثلا على العشرة يوجب زيادة قيمة العشرة مع أن وصف القلة و الكثرة حصل به لأن الكثرة بكثرة الدخول بخلاف الذرع فان زيادته توجب زيادة قيمته لم يكن لها بدون ذلك الذرع و هذا متعارف بين التجار فكان الذرع وصفا. (و الوصف (١) لا يقابله شيء من الثمن) إلا إذا كان مقصوداً بالتناول حقيقة كما

---

(١)و الوصف الخ. و في ايضاح الإصلاح و ليس المراد من الوصف ما يوجب الحسن و القبح فيما قام به يفصح =>

كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا و إن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري و لا خيار للبائع لانه صفة فصار بمنزلة ما إذا باعه معيباً فإذا هو سليم. و لو قال بعتكها

إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف الثمن أو حكما لحق البائع كما إذا حدث عيب آخر عند المشترى أو لحق الشارع كما إذا خاط المشترى الثوب المبيع ثم اطلع على عيب يكون للوصف قسط من الثمن (كأطراف الحيوان) يعني إذا اشترى جارية فاعورت عند البائع لا ينتقص شيء من الثمن. و كذا المشترى باعها مرابحة إذا أعورت بعدما قبضها بدون البيان و سيجيء ذلك في باب المرابحة إن شاء الله تعالى. (فلهذا) إيضاح لقوله و الوصف لا يقابله شيء من الثمن (يأخذه بكل الثمن) أي يأخذ ذاك الثوب الذى اشتراه على أنه عشرة أذرع فوجده أقل فانه يأخذه بجملة الثمن إن شاء كما مر الآن (بخلاف الفصل الأول) و هو فصل الكيل فإنه يأخذ الموجود بحصته من الثمن (لأن المقدار يقابله الثمن) لأنه ليس بوصف (و لهذا) أي و لكون المقدار يقابله شيء من الثمن (يأخذه بحصته) من الثمن (إلا انه يتخير) استثناء من قوله فلهذا ياخذه بكل الثمن أي إلا أن المشترى خير بين الأخذ و الفسخ (لفوات الوصف المرغوب فيه) و في نسخة شيخنا لفوات الوصف المذكور ثم كتب تحته أي المذكور في هذه المسألة في الفصل الأول (لتغير المعقود عليه فيختل الرضا) أي رضي المشتري. (و إن وجدها (١) أكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشترى و لا خيار للبائع لأنه صفة) أي لأن الذرع صفة و الوصف لا يقابله شيء من الثمن (فصار) نظير هذا (بمنزلة ما إذا باعه معيبا) بأن باع عبداً على أنه أعمى (فاذا هو سليم) أي فاذا العبد وجد سليما أي بصيراً حيث لا خيار فيه (و لو قال بعتكها) يعني الثياب

=> عن هذا قولهم ان الوزن فيما يضره التبعيض وصف و فيما لا يضره قدر مع عدم الاختلاف فى الحسن و القبح اه. كذا فى البحر ص٤٧٦ ج٥. (١) و ان وجدها اكثر الخ. ظاهر هذا أن الزيادة تسلم للمشتري قضاء و ديانة و حكى خلافا فيه فى المعراج فقال في فتاوى النسفى و أمالى قاضى خان لا تسلم له الزيادة ديانة و فى شرح أبى ذر و الجامع الاصغر عن اسد و أبى حفص و أبى الليث رحمهم الله تعالى لا يردها ديانة و فى العمدة لو اشترى حطبا على أنه عشرون وقرا فوجده ثلاثين طابت له الزيادة كما فى الذرعان اه و فرع الحطب مشكل و ينبغى أن يكون من قبيل القدر لأنه لا يتعيب بالتبعيض فينبغى أن تكون الزيادة للبائع خصوصا ان كان من الطرفاء التى تعورف وزنها بالقاهرة و فى الخانية رجل قال أبيعك هذا الثوب من هذا الطرف الى هذا الطرف و هو ثلاثة عشر ذراعا فاذا هو خمسة عشر فقال البائع غلطت لا يلتفت اليه و يكون الثوب للمشترى بالثمن المسمى قضاء و فى الديانة لا تسلم له الزيادة اه. كذا فى البحر ص٤٧٦ ج٥.

على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن و إن شاء ترك لأن الوصف و إن كان تابعاً لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب و هذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذاً لكل ذراع بدرهم و إن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم و إن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتخير

أو المذروعات كذا في النهاية. و قال الأكملٌ (١) فيه نظر لأن المبيع إن كان ثياباً لم تكن هذه المسألة و الأولى أن يقال بعني الأرض. و قال الاترازيٌ أي بعت الأرض و الثياب (على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن و إن شاء ترك لأن الوصف و إن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب) و هذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن إذا كان مقصوداً بالتناول. فإن قيل (٢) لو صار كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي أن يفسد البيع إذا وجدها زائدة كما لو قال بعتك هذه الرزمة على أنها خمسون ثوبا كل ثوب بعشرين درهما فوجدها زائدة فالبيع فاسد قلنا الفرق بينهما ما بينا أن في الذرع جهة الوصفية و الأصلية فمن حيث أنه أصل لا تسلم له الزيادة بغير عوض و من حيث أنه وصف يكون بعض الذرعان تابعاً للبعض فلا يفسد و أما بعض الثياب لا يكون تبعاً للبعض فيبقى المبيع مجهولاً بجهالة تفضي إلى المنازعة لأن الثياب مختلفة كذا في جامع قاضي خان. فإن (٣) قيل الذراع لو كان أصلا على تقدير الافراد بذكر الثمن يجب أن يمتنع دخول الزيادة في العقد كما في الصبرة و قد جوز أخذ الجميع بحكم البيع في هذه المسئلة. قلنا الفرق بينهما هو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد لأنه يصير بائعا بعض الثوب و أنه لا يجوز بخلاف الصبرة لانها لو لم تدخل لا يفسد العقد كذا في الفوائد الظهيرية. (و هذا) أي أخذها بحصتها من الثمن إنما هو (لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن) أي المشتري (آخذا لكل ذراع بدرهم) و هو لم يبع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم لأن كلمة على تأتي بمعنى الشرط (و إن وجدها زائدة) عطف على قوله فوجدها ناقصة (فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم و إن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر) لأن الزيادة نفع و لزوم الثمن بازائها ضرر فإذا كان كذلك (فيتخير) بين أخذ الجميع كل

---

(١)قال الأكملٌ في العناية ص٤٧٧ ج٥. (٢)فان قيل الخ. نحوه في العناية ص٤٧٨ ج٥. (٣)فان قيل الخ. كذا في الكفاية ص٤٧٩ ج٥ و نحوه في العناية.

و إنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً و لو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط. و من اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هو جائز و إن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً. لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة أسهم. و له أن الذراع اسم لما يذرع به و استعير لما يحله الذراع و هو المعين دون المشاع و ذلك غير معلوم بخلاف السهم. و لا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما اذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح

ذراع بدرهم و بين الفسخ (و إنما يلزمه الزيادة) أي زيادة الثمن (لما بينا أنه صار أصلاً) مشروطاً (و لو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط) و هو أن يكون كل ذراع بدرهم. (و من اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هو جائز) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و يعني بقوله و قالا هو جائز إذا كانت الدار كلها مائة ذراع هكذا ذكر الصدر الشهيد و الإمام الزاهد العتابي رحمهما الله تعالى في شرحيهما للجامع الصغير. و لو كانت أقل من مائة لا يجوز بالإجماع. (و ان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم) أي في كونها عشراً فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن الذراع اسم لما يذرع به) في الحقيقة و إرادة الحقيقة هنا متعذرة فيكون المراد ما يحله الذراع و تجاوزه مجازاً باطلاق اسم الحال على المحل و هو معنى قوله (و استعير (١) لما يحله الذراع) يعني استعير للموضع الذي يحل ذلك الخشب فيه المبيع المحل لا الخشب(فهو المعين) أي ما يحله الذراع هو المعين فكان المسمى في العقد جزءاً معيناً (دون المشاع) يعني المشاع ليس كذلك (و ذلك غير معلوم) أي ما يحله الذراع غير معلوم موضعه لا يدري من أي جانب هو فيبطل العقد (بخلاف السهم) فانه أمر عقلي لا يقتضى محلاً حسيا فيجوز أن يكون في المشايع فالجهالة لا تفضى إلى المنازعة. (و لا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح) يعني لا فرق بين ما إذا علم جملة الذرعان كمااذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع و بين ما اذا لم يعلم كما إذا

(١)استعير. أقول قال الأتقاني كان القياس ان يقول استعيرت لأنه أسند الى ضمير الذراع و هي مؤنثة لكن ذكر الفعل على تاويل الذراع بما يذرع به الخ لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى و الساعد و قد يذكر فيهما. كذا في السعدية.

خلافاً لما يقوله الخصافّ لبقاء الجهالة. و لو اشترى عدلاً

قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار و هو الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجوز (خلافاً لما يقوله الخصافّ) (١) و هو أبوبكر أحمد بن عمرو من كبار العلماء المتقدمين و له تصانيف كثيرة و كان معاصراً مع الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران رحمه الله تعالى استاذ أبي جعفر الطحاوي رحمه الله تعالى. و الخصافّ (٢) يقول إن الفساد إنما هو عند جهالة جملةالذرعان و أما إذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان عدد جملة الشياه معلوماً فانه يجوز عنده (لبقاء الجهالة) دليل لقوله و لا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يعني أن جملة ذرعان الدار و إن عرفت لكن لا يعلم موضع عشرة أذرع من مائة ذراع منها فبقيت الجهالة. (و لو اشترى عدلاً) عدل (٣) الشيء

(١)الخصافّ الخ. قال العلامة ابو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوى الهنديّ في الفوائد البهية ص ٢٩. أحمد بن عمر بن مهير الخصاف أخذ عن أبيه عمر بن مهير عن الحسن عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى كان فرضيا حاسبا عارفا بمذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى وصنف للمهتدى بالله كتاب الخراج فلما قتل المهتدى نهب الخصافّ و ذهب بعض كتبه من ذلك كتاب عمله فى مناسك الحج و له كتاب الحيل و كتاب الوصايا و كتاب الشروط الكبير و الصغير و كتاب الرضاع و كتاب المحاضر و السجلات و كتاب ادب القاضى و كتاب النفقات على الاقارب و كتاب أحكام العصير و كتاب ذرع الكعبة و كتاب أحكام الوقف (قال الجامع) الخصاف بفتح الخاء المعجمة و تشديد الصاد المهملة آخره فاء يقال لمن يخصف النعل و غيره ذكره السمعانيّ و غيره و انما اشتهر بالخصاف لأنه كان يأكل من صنعته كما ذكره الذهبيّ فى أعلام النبلاء و قد نقلت كلامه فى مقدمة الهداية و من تصانيفه كتاب اقرار الورثة بعضهم لبعض و كتاب القصر و أحكامه و كتاب المسجد و القبر كذا ذكره القاريّ و قال روى عن أبيه و عن أبى عاصم و عن أبى داود الطيالسى و مسدد بن مسرهد و يحيى بن عبد الحميد الحمانى و على بن المدينى و أبى نعيم الفضل بن دكين رحمهم الله تعالى و كان فاضلا فارضا حاسبا عارفا بمذهب أصحابه ورعا زاهدا يأكل من كسب يده مات سنة احدى و ستين و مائتين و قد قارب الثمانين. قال شمس الأئمة الحلوانيّ الخصافّ رجل كبير فى العلوم و هو ممن يصح الاقتداء به انتهى. و فى هامش الهداية قال صاحب الطبقاتّ أحمد بن عمر بضم العين و قيل عمرو بالفتح ابن مهير و قيل مهران و روى عن مشائخ بخارى رحمهم الله تعالى مثل مسدد و القعنبى و غيرهما.

(٢)و الخصافّ يقول الخ. كذا فى العناية ص ٤٨٠ ج٥. و نحوه فى الكفاية و فيه أيضا و ذكر أبو زيد الشروطيّ أنه على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى البيع فاسد و ان علم جملة الذرعان و هو جواب الجامع الصغير و هو الصحيح.

(٣)عدل الشيء الخ. كذا فى العناية و فى المغرب مادة عدل ص٤٦ ج٢. عدل الشيء بالكسر مثله من جنسه و فى المقدار أيضا و منه عدلا الجمل و عدله بالفتح مثله من خلاف جنسه و منه قوله أو عدله معافر أي مثله و فى لسان العرب ص٤٣٢ ج١١. العدل (بالفتح) و العدل (بالكسر) و العديل سواء أي النظير و المثيل و قيل هو المثل و ليس بالنظير عينه و فرق سيبويهّ بين العديل و العدل (بالكسر) فقال العديل ما عادلك من الناس و العدل (بالكسر) لا يكون الا للمتاع خاصة فبين أن عديل الانسان لا يكون الا انسانا مثله و أن العدل (بالكسر) لا يكون الا للمتاع و أجاز غيره أن يقال عندى عدل (بالكسر) غلامك أي مثله و عدله بالفتح لا غير قيمته قال ابن الأثيرّ هو بالفتح ما عادله من جنسه =>

على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن. و لو بين لكل ثوب ثمناً جاز في فصل النقصان بقدره و له الخيار و لم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة. و قيل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز في فصل النقصان أيضاً

بكسر العين مثله من جنسه في مقداره و منه عدل الحمل. (على أنه عشرة أثواب فاذا هو تسعة) أي فظهرت أنها تسعة أثواب (أو أحد عشر) أي أو ظهر أنه أحد عشر ثوبا (فسد (١) البيع) أما إذا زاد فهو (لجهالة المبيع) لأن الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده و الأثواب مختلفة فكان المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة و أما إذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشترى و هي مجهولة لأنه لا يدري أنه كان جيداً أو وسطاً أو رديئاً و حينئذ لا تدري قيمته بيقين حتى تسقط. فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده و إلى هذا أشار بقوله (أو الثمن) أي فسد البيع لجهالة الثمن في صورة النقصان. (و لو بين لكل ثوب ثمناً) بان يقول كل ثوب بدرهم (جاز في فصل النقصان بقدره و له الخيار) أي للمشتري الخيار إذا بين لكل ثوب إن شاء أخذ بحصته من الثمن و إن شاء ترك (و لم يجز فى الزيادة لجهالة العشرة المبيعة) لأن العقد يتناول العشرة المبيعة و الثوب الزائد و هو مجهول و بجهالته يصير المبيع مجهولاً. (و قيل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز في فصل النقصان أيضاً) أي قال (٢) البعض من مشايخنا رحمهم الله تعالى ان البيع فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى في فصل النقصان أيضا لأنه جمع بين المعدوم و الموجود في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما إذا جمع بين حر و عبد في صفقة و سمي لكل واحد ثمناً فانه لا يجوز البيع عنده

=> و بالكسر ما ليس من جنسه و قيل بالعكس. و العدل (بالكسر) نصف الحمل يكون على أحد جنبى البعير و قال الأزهريّ العدل (بالكسر) اسم حمل (بالكسر) معدول بحمل أي مسوى به و الجمع أعدال و عدول (بالضم) عن سيبويهّ. و قال الفراء في قوله تعالى أو عدل ذلك صياما قال العدل (بالفتح) ما عادل الشيء من غير جنسه و معناه أى فداء ذلك و العدل (بالكسر) المثل مثل الحمل و قال الزجاجّ العدل (بالفتح) و العدل (بالكسر) واحد فى معنى المثل قال و المعنى واحد كان المثل من الجنس أو من غير الجنس. اه ملخصا. (١)فسد البيع. و فى البزازية اشترى عدلا على أنه كذا فوجده أزيد و البائع غائب يعزل الزائد و يستعمل الباقي لأنه ملكه اه و كأنه استحسان و الا فالبيع فاسد لجهالة المزيد و قد صرح فى الخانية و القنية بأن محمدا رحمه الله تعالى قال فيه استحسن أن يعزل ثوبا من ذلك و يستعمل البقية و فيها قبله اشترى شيئا فوجده أزيد فدفع الزيادة الى البائع فالباقى حلال له في المثليات و فى ذوات القيم لا يحل له حتى يشترى منه الباقي الا اذا كانت تلك الزيادة مما لا تجرى فيها الضنة فحينئذ يعذر اه و هو يقتضى عدم الحل عند غيبة البائع بالأولى فهو معارض للنقل الآخر فى الثياب و الله اعلم كذا فى البحر ص٤٨٩ ج٥. (٢)قال البعض الخ كذا فى العناية ص ٤٨٠ ج٥.

و ليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما و إن بين ثمن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروى شرطاً للعقد في الهروي و هو شرط فاسد و لا قبول يشترط في المعدوم

في القن خلافا لهما كذلك هنا. و كما لو اشترى هرويين فاذا أحدهما مروي فان العقد فاسد عنده قال المصنفؒ (و ليس بصحيح) أي عدم الجواز في فصل النقصان غير صحيح. و قال الاترازيؒ أي ما قيل إن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز البيع في فصل النقصان ليس بصحيح لأن ثمن كل ثوب معلوم قطعا فاذا نقصت يكون باقي الثمن معلوما لا محالة. (بخلاف ما إذا اشترى ثوبين) هذا جواب عما استدل به بعض المشايخؒ فيما قالوا بمسألة من اشترى ثوبين هرويين فاذا أحدهما مروي على ما ذكرنا فقال المصنفؒ هذا الذي نحن فيه لا يشبه هذه المسألة و بين ذلك بقوله بخلاف ما إذا اشترى ثوبين (على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما و إن بين ثمن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروي شرطا للعقد) أي لجواز العقد (في الهروى و هو شرط فاسد) لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً بيانه انه شرط لقبول المبيع قبول ما ليس بمبيع و إنه مفسد للبيع لكونه مخالفا لمقتضى العقد و هذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول القعد في المعدوم و هو معنى قوله (و لا قبول يشترط في المعدوم) و لا قصداً يراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه و إنما قصد ايراده على الموجود فقط و لكنه غلط في العدد. و هروي بفتح الراء و مروى بسكونها. قال الكاكيؒ منسوب إلى هراة و مرو هما قريتان بخراسان و تبعه (١) الأكملؒ على ذلك. قلت هذا عجيب منهما فان هراة (٢)

---

(١)تبعه الأكملؒ في العناية ص ٤٨١ ج٥. (٢)هراة. قال العلامة ياقوت الحمويؒ في معجم البلدان ص ٣٩٦ ج٥. هَرَاةُ: بالفتح: مدينة عظيمة مشهورة من أمهات مدن خراسان لم أر بخراسان عند كوني بها في سنة ٦٠٧ مدينة أجل و لا أعظم و لا أفخم و لا أحسن و لا أكثر أهلاً منها فيها بساتين كثيرة و مياه غزيرة و خيرات كثيرة محشوة بالعلماء و مملوة بأهل الفضل و الثراء و قد أصابها عين الزمان و نكبتها طوارق الحدثان و جاءها الكفار من التتر فخربوها حتى أدخلوها في خبر كان فإنا لله و إنا إليه راجعون و ذلك في سنة ٦١٨ قال الرهني: إن مدينتها بنية للإسكندر و ذلك أنه لما دخل الشرق و مر بها إلى الصين و كان من عادته أن يكلف أهل كل بلد ببناء مدينة تحصنهم من الأعداء فيقدرها و يهندسها لهم و انه أعلم أن في أصل هراة شماساً و قلة قبول فاحتال عليهم و أمرهم أن يبنوا مدينة و يحكموا أساسها ثم خط لهم طولها و عرضها و سمك حيطانها و عدد أبراجها و أبوابها و اشترط لهم أن يوفيهم أجورهم و غراماتهم عند عوده من ناحية الصين فلما رجع من الصين و نظر إلى ما بنوه عابه و أظهر كراهيته و قال: ما أمرتكم أن تبنوا هكذا فرد بناءهم عليهم بالعيب و لم يعطهم شيئاً و نسب إليها خلق من الأئمة و العلماء منهم الحسن بن إدريس ابن المبارك بن الهيثم بن زياد أبو علي الأنصاري مولاهم الهروي أحد مشهوري المحدثين بهَرَاة سمع بدمشق هشام ابن عمار و سمع ببغداد عثمان بن أبي شيبة و غيره خلقاً كثيراً و روى عنه جماعة كثيرة منهم حاتم بن حيان =>

فافترقا.

مدينة عظيمة مشهورة بخراسان قاله في المشترك. و مرو(١)مدينة قديمة يقال انها من بناء طهمورث و قال في المشترك ايضا مدينة عظيمة بينها و بين كل واحد من نيسابور و هراة و بلخ و بخارى اثني عشر يوما. (فافترقا) أي شراء العدل على انه عشرة أثواب بمائة كل ثوب بعشرة

=> و قال الدار قطني: الحسين بن حزم و أخوه يوسف بن حزم الهرويان ينسبان إلى الأنصار و اسم أبيهما إدريس و لقبه حزم و للحسين كتاب صنفه في التاريخ على حروف المعجم نحو كتاب البخاري الكبير ذكر فيه حديثاً كثيراً و أخباراً و كان من الثقات ومات سنة ٣٠١ و في هراةيقول أبو أحمد السامي الهروي:

هراة أرض خصبها واسع   و نبتها اللفاح و النرجس
ما أحد منها إلى غيرها   يخرج إلا بعدما يفلس

و يقول فيها الأديب البارع الزوزني:

هراة أردت مقامي بها   لشتى فضائلها الوافره
نسيم الشمال و أعنابها   و أعين غزلانها الساحره

و هراة أيضا: مدينة بفارس قرب إصطخر كثيرة البساتين و الخيرات و يقال إن نساءهم يغتلمن إذا أزهرت الغبيراء كما تغتلم القطاط. (١)مرو. قال العلامة ياقوت الحموي في معجم البلدان ص ١١٢ ج٥. مرو الشاهجان: هذه مرو العظمى أشهر مدن خراسان و قصبتها نص عليه الحاكم أبو عبد الله في تاريخ نيسابور مع كونه ألف كتابه في فضائل نيسابور إلا أنه لم يقدر على دفع فضل هذه المدينة و النسبة إليها مروزي على غير قياس و الثوب مروي على القياس و بين مرو و نيسابور سبعون فرسخاً و منها إلى سرخس ثلاثون فرسخاً و إلى بلخ مائة و اثنان و عشرون فرسخاً اثنان و عشرون منزلاً أما لفظ مرو فقد ذكرنا أنه بالعربية الحجارة البيض التي يقتدح بها إلا أن هذا عربي و مرو ما زالت عجمية ثم لم أر بها من هذه الحجارة شيئاً البتة و أما الشاهجان فهي فارسية معناها نفس السلطان لأن الجان هي النفس أو الروح و الشاه هو السلطان سميت بذلك لجلالتها عندهم و قد روي عن بريدة بن الحصيب أحد أصحاب النبي ﷺ أنه قال: قال لي رسول الله ﷺ يا بريدة إنه سيبعث من بعدي بعوث فإذا بعثت فكن في بعث المشرق ثم كن في بعث خراسان ثم كن في بعث أرض يقال لها مرو إذا أتيتها فانزل مدينتها فإنه بناها ذو القرنين و صلى فيها عزير أنهارها تجري بالبركة على كل نقب منها ملك شاهر سيفه يدفع عن أهلها السوء إلى يوم القيامة فقدمها بريدة غازياً و أقام بها إلى أن مات و قبره بها إلى الآن معروف عليه راية رأيتها قال بطليموس في كتاب الملحمة: مدينة مرو الرقة كذا قال طولها سبع و ستون درجة و عرضها أربعون درجة في الإقليم الخامس طالعها العقرب تحت ثماني عشرة درجة من السرطان يقابلها مثلها في الجدي بيت ملكها مثلها من الحمل بيت عاقبتها مثلها من الميزان كذا قال بطليموس و قد تقدم ذكرها عند ذكر الأقاليم أنها في الإقليم الرابع قال أبو عون إسحاق بن علي في زيجه: مرو في الإقليم الرابع طولها أربع و ثمانون درجة و ثلث و عرضها سبع و ثلاثون درجة و خمس و ثلاثون دقيقة و شنع على أهل خراسان و ادعي عليهم البخل كما زعم ثمامة أن الديك في كل بلد يلفظ ما يأكله من فيه للدجاجة بعد أن حصل إلا ديكة مرو فإنها تسلب الدجاج ما في مناقيرها من الحب و هذا كذب بين ظاهر للعيان لا يقدم على مثله إلا الوقاع البهات الذي لا يتوقى الفضوح و العار و ما ديكة مرو إلا كالديكة في جميع الأرض قالوا: و لما ملك طهمورث بنى قهندز مرو و بنى مدينة بابل و بنى مدينة ابرايين بأرض قوم موسى عليه الصلاة و السلام و مدينة بالهند في رأس جبل يقال له أوق قال: و أمرت حماي بنت أردشير بن اسفنديار لما ملكت ببناء الحائط الذي حول مرو و قال: إن طهمورث =>

....

....

=> لما بني قهندز برو بناه بألف رجل و أقام لهم سوقاً فيها الطعام و الشراب فكان إذا أمسى الرجل أعطي درهماً فاشترى به طعامه و جميع ما يحتاج إليه فتعود ألف درهم إلى أصحابه فلم يخرج له في البناء إلا ألف درهم و كان المأمون يقول: يستوي الشريف و الوضيع من مرو في ثلاثة أشياء: الطبيخ النارنك و الماء البارد لكثرة الثلج بها و القطن اللين و بمرو الرزيق بتقديم الراء على الزاي و الماجان: و هما نهران كبيران حسنان يخترقان شوارعها و منهما سقي أكثر ضياعها و قال إبراهيم بن شماس الطالقاني: قدمت على عبد الله بن المبارك من سمرقند إلى مرو فأخذ بيدي فطاف بي حول سور مدينة مرو ثم قال لي: يا إبراهيم من بنى هذه المدينة؟ قلت: لا أدري يا أبا عبدالرحمن قال: مدينة مثل هذه لا يعرف من بناها و قد أخرجت مرو من الأعيان و علماء الدين و الأركان ما لم تخرج مدينة مثلهم منهم: أحمد بن محمد بن حنبل الإمام و سفيان بن سعيد الثوري مات و ليس له كفن و اسمه حي إلى يوم القيامة و إسحاق بن راهويه و عبد الله بن المبارك و غيرهم و كان السلطان سنجر بن ملك شاه السلجوقي مع سعة ملكه قد اختارها على سائر بلاده و ما زال مقيماً بها إلى أن مات و قبره بها في قبة عظيمة لها شباك إلى الجامع وقبتها زرقاء تظهر من مسيرة يوم بلغني أن بعض خدمه بناها له بعد موته و وقف عليها وقفاً لمن يقرأ القرآن و يكسو الموضع و تركتها أنا في سنة ٦١٦ على أحسن ما يكون و بمرو جامعان للحنفية و الشافعية يجمعهما السور و أقمت بها ثلاثة أعوام فلم أجد بها عيباً إلا ما يعتري أهلها من العرق المديني فإنهم منه في شدة عظيمة قل من ينجو منه في كل عام و لو لا ما عرا من ورود التتر إلى تلك البلاد و خرابها لما فارقتها إلى الممات لما في أهلها من الرفد و لين الجانب و حسن العشرة و كثرة كتب الأصول المتقنة بها فإني فارقتها و فيها عشر خزائن للوقف لم أر في الدنيا مثلها كثرة وجودة منها خزانتان في الجامع إحداهما يقال لها العزيزية وقفها رجل يقال له عزيز الدين أبو بكر عتيق الزنجاني أو عتيق بن أبي بكر و كان فقاعيا للسلطان سنجر و كان في أول أمره يبيع الفاكهة و الريحان بسوق مرو ثم صار شرابياً له و كان ذا مكانة منه و كان فيها اثنا عشر ألف مجلد أو ما يقاربها و الأخرى يقال لها الكمالية لا أدري إلى من تنسب و بها خزانة شرف الملك المستوفي أبي سعد محمد بن منصور في مدرسته و مات المستوفي هذا في سنة ٤٩٤ و كان حنفي المذهب و خزانة نظام الملك الحسن بن إسحاق في مدرسته و خزانتان للسمعانيين و خزانة أخرى في المدرسة العميدية و خزانة لمجد الملك أحد الوزراء المتأخرين بها و الخزائن الخاتونية في مدرستها و الضميرية في خانكاه هناك و كانت سهلة التناول لا يفارق منزلي منها مائتا مجلد و أكثر بغير رهن تكون قيمتها مائتي دينار فكنت أرتع فيها و أقتبس من فوائدها و أنساني حبها كل بلد و ألهاني عن الأهل و الولد و أكثر فوائد هذا الكتاب و غيره مما جمعته فهو من تلك الخزائن ذكر في الشبيك و بمرو قبور أربعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم: بريدة بن الحصيب و الحكم بن عمرو الغفاري و سليمان بن بريدة رضى الله تعالى عنهم في قرية من قراها يقال لها فني و يقال لها فنين و عليه علم رأيت ذلك كله و الآخر نسيته فأما رستاق مرو فهو أجل من المدن و كثيراً ما سمعتهم يقولون رجال مرو من قراها و إليها ينسب عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الله أبو بكر القفال المروزي وحيد زمانه فقهاً و علماً رحل إلى الناس وصنف و ظهرت بركته و هو أحد أركان مذهب الشافعي و تخرج به جماعة و انتشر علمه في الآفاق و كان ابتداء اشتغاله بالفقه على كبر السن حدثني بعض فقهاء مرو بفنين من قراها أن القفال الشاشي صنع قفلاً و مفتاحا وزنه دانق واحد فأعجب الناس به جدا و سار ذكره و بلغ خبره إلى القفال هذا فصنع قفلاً مع مفتاحه وزنه طسوج و أراه الناس فاستحسنوه و لم يشع له ذكر فقال يوماً لبعض من يأنس إليه: ألا ترى كل شيء يفتقر إلى الحظ؟ =>

و لو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة و نصف أو تسعة و نصف. قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار و في الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء. و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء و في الثاني يأخذه بعشرة ان شاء و قال محمد رحمه الله تعالى في الأول يأخذه بعشرة و نصف إن شاء و في الثاني بتسعة و نصف و يخير لأن من ضرورة

فاذا هو تسعة و شراء الثوبين على أنهما مرويان فاذا احدهما مروي افترقا حيث جاز البيع في الأول دون الثاني. و قال الكاكيّ حاصل (١) الفرق بينهما هو أن الشيئين الموصوفين بوصف اذا دخلا فى عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد فى الآخر بذلك الوصف فإذا انعدم ذلك الوصف كان فاسداً بالنظر إلى انعدام ذلك الوصف. و أما إذا كان أحدهما معدوماً بذاته و وصفه لم يكن هذا داخلا في نفس العقد حتى يكون قبوله شرطاً لصحة العقد فى الآخر. (و لو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة و نصف قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يأخذه فى الوجه الأول) أي يأخذ الثوب في الوجه الأول و هو فيما ظهر أنه عشرة و نصف (بعشرة) و يسلم له النصف مجاناً (من غير خيار) متعلق بقوله يأخذه. (و فى الوجه الثاني) و هو فيما إذا ظهر أنه تسعة و نصف يأخذه بتسعة إن شاء) يعني له الخيار (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء) يعني له الخيار (و في الثاني يأخذه بعشرة إن شاء) يعني له الخيار (و قال محمد رحمه الله تعالى في الأول يأخذه بعشرة و نصف إن شاء و في الثاني بتسعة و نصف و يخير) يعني له الخيار فى الوجهين (لأن من ضرورة

=> عمل الشاشي قفلاً وزنه دانق وطنت به البلاد و عملت أنا قفلاً بمقدار ربعه ما ذكرني أحد فقال له: إنما الذكر بالعلم لا بالأقفال فرغب في العلم و اشتغل به و قد بلغ من عمره أربعين سنة و جاء إلى شيخ من أهل مرو و عرفه رغبته فيما رغب فيه فلقنه أول كتاب المزني و هو: هذا كتاب اختصرته فرقي إلى سطحه و كرر عليه هذه الثلاثة ألفاظ من العشاء إلى أن طلع الفجر فحملته عينه فنام ثم انتبه و قد نسيها فضاق صدره و قال: أيش أقول للشيخ؟ و خرج من بيته فقالت له امرأة من جيرانه: يا أبا بكر لقد أسهرتنا البارحة في قولك هذا كتاب اختصرته فتلقنها منها و عاد إلى شيخه و أخبره بما كان منه فقال له: لا يصدنك هذا عن الاشتغال فإنك إذا لازمت الحفظ و الاشتغال صار لك عادة فجد و لازم الاشتغال حتى كان منه ما كان فعاش ثمانين سنة أربعين جاهلاً و أربعين عالماً و قال أبو المظفر السمعاني: عاش تسعين سنة و مات سنة ٤١٧ و رأيت قبره بمرو وزرته رحمه الله تعالى ؤ أبو إسحاق إبراهم بن أحمد بن إسحاق المروزي أحد أئمة الفقهاء الشافعية و مقدم عصره في الفتوى و التدريس. رحل إلى أبي العباس بن شريح و أقام عنده و حصل الفقه عليه و شرح مختصر المزني شرحين و صنف في أصول الفقه و الشروط و انتهت إليه رياسة هذا المذهب بالعراق بعد ابن شريح ثم انتقل في آخر عمره إلى مصر و توفي بها لسبع خلون من رجب سنة ٣٤٠ و دفن عند قبر الشافعي رحمه الله تعالى اه ملخصا. (١)حاصل الفرق الخ. نحوه فى فتح القدير ص ٤٨١ ج٥.

مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة و قد انتقص. و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الذراع وصف في الأصل و إنما أخذ حكم المقدار بالشرط و هو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل و قيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل

مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزأ عليه حكمها) من التجزئة و في بعض النسخ فيجرى عليه أي على النصف حكم المقابلة و يخير كما لو باع (١) عشرة بعشرة فنقص ذراع. (و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لما أفرد كل ذراع ببدلٍ نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة و قد انتقص) و الثوب إذا بيع على انه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن و لكن يثبت له الخيار. (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (٢) أن الذراع وصف في الأصل) لا يقابله شيء من الثمن (و إنما أخذ حكم (٣) المقدار) و هو الكيل و الوزن (بالشرط) بأن قال كل ذراع بدرهم (و هو) أي الشرط (مقيد (٤) بالذراع فعند عدمه) أي عدم الشرط و هو ما إذا كان أقل من الذراع (عاد الحكم إلى الأصل) و هو الوصف و صارت العشرة و النصف بمنزلة العشرة الجيدة و التسعة و النصف بمنزلة التسعة الجيدة كذا ذكره فخر الإسلامّ. (و قيل في الكرباس) أشار بهذا إلى أن هذه الأقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت جوانبه كالقميص و السراويل و العمائم و الأقبية أما في الثوب (الذي لا يتفاوت جوانبه) كالكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه (لا يطيب للمشترى ما زاد على المشروط لأنه) أي لأن الكرباس (بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل) بالصاد المهملة

---

(١) كما لو باع الخ. أقول الأولى هو تعميم الكلام لكلا طرفي الزيادة و النقصان بأن يقول كما لو باع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فنقص منها أو زاد ذراع و لا بد لمحمد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة و بين ما تقدم من أنه اذا باع ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضا و لعله يمنع ذلك للتفاوت في أطراف الثوب الواحد و لا كذلك أطراف الذراع الواحد منه غالبا كذا في السعدية. (٢)و لابي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. و في الذخيرة قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أصح كذا في فتح القدير ص٤٨٣ ج٥ و من المشائخ من اختار قول محمد رحمه الله تعالى و هو أعدل الأقوال كما لا يخفى كذا في البحر ص٤٨٩ ج٥. (٣)حكم المقدار. و في فتح القدير و كان الأولى أن يقول حكم الأصل أو الثوب المنفصل بالشرط لأن المقدار أيضا وصف على ما تقدم و أخذه حكم الأصل مقيد بكونه ذراعا. (٤)مقيد بالذراع. أقول اشارة الى الجواب عن قول محمد رحمه الله تعالى أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا و الموجود هنا بعضه و بعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به كذا في فتح القدير. أقول و هذا هو الجواب أيضا عن قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كذا في الكفاية ص٤٨٣ ج٥.

و على هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه.

فصل

و من باع داراً دخل بناءها في البيع و إن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة و البناء فى العرف و لأنه متصل به

أي القطع و إن كان متصلا بعضه ببعض لكن ليس فى الفصل ضرر كالموزون فلا يتمكن فيها الضرب لسبب بمنزلة البعض عن البعض فيصير كل ذراع أصلا كالقفيز و الكرباس بكسر الكاف فارسي معرب و الجمع الكرابيس (و على هذا قالوا) أي المشايخ رحمهم الله تعالى (يجوز بيع ذراع منه) و إن لم يعين موضعه كما فى الحنطة إذا باع قفيزاً منها حيث يجوز كذا في الذخيرة. و عند الشافعي رحمه الله تعالى لو قال بعت قفيزاً من هذه الحنطة يجوز كقولنا و عن انفالٌ من أصحابه إذا لم يعلما مبلغ قفزان صبرة لا يصح و قد خالف نص الشافعي رحمه الله تعالى كذا في الحلية.

(فصل)

أي هذا فصل في بيان ما يدخل تحت البيع من غير ذكره و ما لا يدخل و ما يلحقهما (و من باع داراً دخل بناؤه في البيع و إن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة) كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة (١) (و البناء فى العرف) قيد به لأنه بحسب اللغة لا يتناول البناء و قد (٢) ورد أن اسم الدار لا يتناول البناء فى مسألة اليمين حتى لو دخل العرصة بعد انهدام البناء يحنث و لكن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتفاهم فى العرف و لا يفهم فى العرف من بيع الدار بيع عرصتها لا بناؤها بل بيعهما جميعاً. (و لأنه متصل به) أي و لأن البناء متصل بالعرصة ذكر الضمير باعتبار المكان (اتصال قرار فيكون تبعاً له) أي للعرصة باعتبار المكان أيضا و في نسخة شيخيّ تابعاً لها و كذلك

---

(١)عرصة. و فى لسان العرب مادة عرض ص٥٢ ج٧. قال الأصمعيّ كل جوبة منفتقة ليس فيها بناء فهى عرصة قال الازهريّ و تجمع عراصا (بالكسر) و عرصات (بفتحتين) و عرصة الدار وسطها و قيل هو ما لا بناء فيه سميت بذلك لاعتراض الصبيان فيها و العرصة كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء. (٢)و قد ورد الخ. و فى الكفاية ص٤٨٣ ج٥. فان قيل لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت يحنث فلو كان اسم الدار يتناول العرصة و البناء فى العرف لما حنث بعد انهدام البناء لأن الكل ينتفى بانتفاء الجزء مع أن الأيمان مبينة على العرف فكان اعتبار العرف هناك أليق من الاعتبار هنا قلنا البناء بمنزلة الصفة و هى فى المعين لغو اذا لم تكن داعية الى اليمين فان كانت داعية الى اليمين تعتبر الا ترى أن من حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرا لا يحنث و قد اعتبرت الصفة فى المعين لأن صفة الرطوبة داعية الى اليمين فقد يضر أكل الرطب دون التمر فتعلقت اليمين بالعين و الصفة و لو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل لحمه بعد ما صار كبشا يحنث وصفة البناء غير داعية الى المنع من الدخول فيها باليمين فتعلقت اليمين بالاسم و هو باق بعد الانهدام فيحنث بعده وصفة البناء داعية الى الشراء لأن الدار انما تشترىٰ للسكنى و لا سكنى بلا بناء فيدخل البناء في الشراء عرفا.

اتصال قرار فيكون تبعاً له. و من باع أرضاً دخل ما فيها من النخل و الشجر و إن لم يسمه لأنه متصل به للقرار فاشبه البناء و لا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه

قوله متصلا بها على الأصل فلا يحتاج إلى التأويل و يدخل السلم المتصل و الغلق المركب و الحجر الأسفل من الرحى و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى (١) و كذلك يدخل الحجر الأعلى عندنا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأظهر و لا يدخل القفل و مفتاحه و الباب الموضوع بالاتفاق. (و من باع أرضاً دخل ما فيها من النخل و الشجر في البيع و إن لم يسمه لأنه) أي لأن الشجر (متصل به) أي بالأرض على تأويل المكان (للقرار فأشبه البناء فيكون تبعاً له (و لا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه) أي لأن الزرع (متصل به) أي بالأرض (للفصل) أي للقطع يعني ليس اتصاله للتأبيد و لرفعه غاية معلومة (فشابه المتاع الذي فيه) أي في الأرض فلم يدخل في المبيع إلا بالشرط و نوقض (٢) بالحمل فانه متصل بالام للفصل

---

(١) و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى الخ و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص١٩٩ ج٤. (فصل) و ان باعه دارا بحقوقها تناول البيع أرضها و بناءها و ما هو متصل بها مما هو من مصلحتها كالأبواب المنصوبة و الخوابي المدفونة و الرفوف المسمرة و الأوتاد المغروزة و الحجر المنصوب من الرحا و أشباه ذلك و لا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها كالكنز و الأحجار المدفونة لأن ذلك مودع فيها للنقل عنها فأشبه الفرض والستور و لا ما كان منفصلا عنها يختص بمصلحتها كالفرش و الستور و الطعام و الرفوف الموضوعة على الأوتاد بغير تسمير و لا غرز في الحائط و الدلو و البكرة و القفل و حجر الرحى اذا لم يكن واحد منهما منصوبا و الخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها و نحوه لأنه منفصل عنها لا يختص بمصلحتها فأشبه الثياب و أما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالمفتاح و الحجر الفوقاني من الرحا اذا كان السفلاني منصوبا فيحتمل وجهين (أحدهما) يدخل في البيع لأنه لمصحتها فأشبه المنصوب فيها (و الثاني) لا يدخل لأنه منفصل عنها فأشبه السفلاني اذا لم يكن منصوبا و القفل و الدلو و نحوهما و مذهب الشافعي رحمه الله تعالى في هذا كمذهبنا سواء. و راجع أيضا تكملة شرح المذهب ص٢٦٨ ج١١. (٢)نوقض الخ. كذا في العناية ص٤٨٥ ج٥. و في فتح القدير فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل و نحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى و هذا المعنى متبادر فترك التقييد به و أيضا الأم و ما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للقرار كما في الشجر كان متصلا للحال و في ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا الجنسية و الجزئية و ان كان اتصاله للفصل في ثاني الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل فان قيل ينبغي أن يدخل لأن الاتصال قائم في الحال و الانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم. الجواب بأن الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى في البيع له أو تبعيته له و التبعية بأن يكون مستقرا لاتصال به لا مجرد اتصاله الحالي مع أنه بعرضية الفصل و انتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول و الله اعلم.

و من باع نخلا أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع

و يدخل في بيع الأم. و الجواب أنه غير وارد على التفسير المذكور فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم. و في الخلاصة (١) و القطن فاختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه و الصحيح انه لا يدخل و أما الكتان إن كان ظاهراً فلا يدخل و إن كان معيباً فالصحيح أنه يدخل ثم قال أما الأشجار لو كانت بحال تقطع في كل ثلاث سنين إن كانت تقلع من الأصل تدخل في البيع و هي الشجرة التي تباع في السوق في الربيع و إن كانت تقطع من وجه الأرض فالصحيح أنها تدخل تحت البيع أيضاً من غير ذكر مثمرة أو غير مثمرة صغيرة أو كبيرة للحطب أو لغيره و فيه اختلاف المشايخ و اختار الولوالجي في فتاواه أنها لا تدخل لأنها بمنزلة الثمر. و في الفتاوى الصغرى قال مشايخنا إن كان شجراً يغرس للقطع لا للبقاء كشجر الحطب و غيره لا تدخل لأنها بمنزلة الزرع. و في الخلاصة (٢) و شجرة الخلاف و الغرب للمشتري و كذا كل ما له ساق و لا يقطع أصله كان شجراً و أصل الآس و الزعفران للبائع و القصب في الأرض كالثمر و الرطبة التي يقال لها سنست كالثمر. و أما عروقها فتدخل في المبيع و قوائم الخلاف يدخل في البيع و قوائم الباذنجان كذلك ذكره الإمام السرخسي و الإمام الفضلي جعل قوائم الخلاف كالثمر بلغ أوان القطع أو لا قال و به يفتى. قال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى كرماً فيه ورق التوت و الورد لا يدخل ذلك في البيع لأنه بمنزلة الثمر. و في المجتبى يدخل في بيع الدار المخرج و المربط و البئر و بكرتها دون الحبل و الدلو إلا إذا قال مرافقها فيدخلان. و لا يدخل الشرب و الطريق في بيع الأرض و الدار إلا بذكر الحقوق و نحوها و كذا في الإقرار و الصلح و الوصية و غيرها و يدخلان في الإجارة و القسمة و الرهن و الوقف و في جمع البخاري رحمه الله تعالى أراد بالطريق الذي لا يدخل في بيع الدار بلا ذكر الطريق الخاص في ملك إنسان أما الطريق إلى الطريق الأعظم أو إلى سكة غير نافذة فهذا يدخل بلا ذكر و كذا حق مسيل الماء و حق القاء الثلج في ملك خاص لا يدخل بلا ذكر الحقوق و المرافق و به قال الشافعي رحمه الله تعالى. و في فتاوى قاضي خان و البستان الذي في الدار يدخل. و في جمع البخاري باع داراً بفنائها لا يصح كما إذا جمع بين حر و عبد في بيع الحانوت يدخل ألواحه و ان لم يقل بمنافعه. و في جمع البخاري قدور القصارين و الصباغين و اجاجين الغسالين و خوابي الزياتين و دنانهم و جذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الأرض لا يدخل و إن قال بحقوقها. (و من باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع) أي المشتري

(١) الخلاصة ص ٩٧ ج٣. (٢) الخلاصة ص ٩٧ ج٣.

لقوله عليه الصلاة و السلام من اشترى أرضاً فيها نخل فثمرته(١) للبائع إلا أن يشترط المبتاع و لأن الإتصال و ان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع و يقال للبائع

(لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ. و اخرج الأئمة (٢) الستة في كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال من باع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع و من باع نخلا مؤبراً (٣) فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع. (و لان الإتصال) أي اتصال الثمر بالشجر (و إن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع) حيث لا يدخل في بيع الارض (و يقال للبائع) يعني إذا لم تدخل الثمرة تحت بيع النخل و الشجر يقال للبائع

(١) فثمرته -ن- فالثمرة. (٢) أخرج الأئمة الستة رحمهم الله تعالى. البخاري في البيوع باب قبض من باع نخلا قد أبرت الخ ص٢٩٣ ج١ و في المساقاة باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل ص ٣٢٠ ج١ و في الشروط باب اذا باع نخلا قد أبرت ص٣٧٥ ج١ و مسلمٌ في البيوع باب من باع نخلا عليها تمر ص ١٠ ج٢ و ابوداودٌ في البيوع باب في العبد يباع و له مال ص ١٣١ ج٢ و الترمذيٌ في البيوع باب ما جآء في ابتياع النخل بعد التابير الخ ص١٤٩ ج١ و النسائيٌ في البيوع النخل يباع أصلها و يستثني المشترى ثمرها ص٢٢٧ ج٢ و ابن ماجةٌ في التجارات باب ما جآء في من باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال ص ١٦١. قال الحافظ العينيٌ في عمدة القارى ص ١٢ ج١٢ تحت هذا الحديث أخذ بظاهر حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه المرفوع مالك و الشافعي و الليث و أحمد و اسحاق رحمهم الله تعالى فقالوا من باع نخلا قد ابرت و لم يشترط ثمرته المبتاع فالثمرة للبائع و هي في النخل متروكة الى الجذاذ و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى سواء أبرت أو لم تؤبر هي للبائع و للمشترى أن يطالبه بقلعها عن النخل في الحال و لا يلزمه أن يصبر الى الجذاذ فان اشترط البائع في البيع ترك الثمرة الى الجذاذ فالبيع فاسد و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تعليق الحكم بالابار اما للتنبيه به على ما لم يؤبر أو لغير ذلك أو لم يقصد به نفي الحكم عما سوى الحكم المذكور. و تلخيص ماخذ اختلافهم في الحديث أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى استعمل الحديث لفظا و معقولا و استعمله مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى لفظا و دليلا و لكن الشافعي رحمه الله تعالى يستعمل دلالته من غير تخصيص و يستعملها مالك رحمه الله تعالى مخصصة و بيان ذلك أن ابا حنيفة رحمه الله تعالى جعل الثمرة للبائع في الحالين و كأنه رأى ان ذكر الابار تنبيه على ما قبل الابار و هذا المعنى يسمى في الأصول معقول الخطاب و استعمله مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى على ان المسكوت عنه حكمه حكم المنطوق و هذا يسميه أهل الاصول دليل الخطاب و قول الثورى و أهل الظاهر و فقهاء أصحاب الحديث رحمهم الله تعالى كقول الشافعي رحمه الله تعالى و قول الاوزاعيٌ نحو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابن أبي ليليٌ سواء أبرت أو لم تؤبر الثمرة للمشتري اشترط أو لم يشترط قال أبو عمرٌ أنه خالف الحديث و رده جهلا به اه ملخصا. (٣) مؤبرا. قال العلامة العينيٌ في عمدة القارى ص ١٠ ج١٢. التابير و هو التشقيق و التلقيح و معناه شق طلع النخلة الأنثى ليذر فيه شيء من طلع النخلة الذكر قال القرطبيٌ يقال أبرت النخلة آبرها بكسر الباء و ضمها فهي مابورة و إبار كل ثمر بحسبه و بما جرت عادتهم فيه بما يثبت ثمره و يعقده و قد يعبر بالتابير عن ظهور الثمرة و عن انعقادها و أن يفعل فيها شيء و قال النوويٌ أبرته آبره ابرا بالتخفيف كاكلته آكله أكلا و أبرته بالتشديد اؤبره تابيرا كعلمته أعلمه تعليما و الإبار شق طلع النخلة سواء خط فيه شيء أو لا و لو تأبرت بنفسها أي تشققت فحكمها في البيع حكم المؤبرة بفعل الادمي.

اقطعها و سلم المبيع و كذا اذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه و تسليمه كما إذا كان فيه متاع. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يترك حتى يظهر صلاح الثمر و يستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد. و في العادة أن لا يقطع كذلك و صار كما إذا انقضت مدة الإجارة و فى الأرض زرع قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر و تسليم العوض كتسليم المعوض.

(إقطعها) أي إقطع الثمرة (و سلم المبيع) للمشتري (و كذا) أي و كذا الحكم (إذا كان فيها) أي في الارض (زرع) يؤمر البائع بحصاد الزرع و تسليم الارض للمشتري (لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه) أي على البائع (تفريغه) أي تفريغ ملك المشتري (و تسليمه) إلى البائع (كما إذا كان فيه) أي في ملك المشتري (متاع) بأنه باع أرضاً فيها متاعه أو جملا عليه رحله يجب التفريغ و التسليم. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى (١) يترك) أي على الشجر (حتى يظهر صلاح الثمر و يستحصد الزرع) يقال استحصد (٢) الزرع حان له أن يحصد أي أن يقطع بالمنجل و بقوله قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى هذا إذا أطلق البيع و لم يشترط القطع فى الحال و فى وجيزهم قال الشافعي رحمه الله تعالى ليس لمشترى الأشجار أن يكلف البائع بقطع الثمار بل الإبقاء إلى أوان القطاف للعرف (لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد و في العادة أن لا يقطع كذلك) أي لا تقطع الثمرة قبل ظهور صلاحها (و صار) أي صار حكم هذا (كما إذا انقضت مدة الإجارة و في الأرض زرع) حيث يؤخر إلى الحصاد. (قلنا هناك) أي في الزرع (التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر و تسليم العوض) و هو الأجر (كتسليم المعوض) و هو الأرض. فإن قيل ينبغي أن يجوز أن يستأجر البائع الأرض و الشجر من المشتري إلى وقت الإدراك فيكون تسليم الأجرة تسليم الأرض و الشجر دفعاً للضرر عنه. قلنا كان القياس في الإجارة و البيع القطع و التسليم إلا أن في صورة البيع وجد من البائع دلالة الرضاء بقطع الثمر و الزرع قبل الإدارك و هو إقدامه على بيع الأرض و الشجر مع علمه أن المشتري يطالبه بتفريغ ملكه عن ملك البائع و تسليمه إليه فارغاً عن حق الغير فلما وجد منه دلالة الرضا بذلك لم يجب رعاية جانبه بتبقية الأرض و الشجر على حكم ملكه بالإجارة بخلاف المستأجر فإنه لم يوجد منه بعد انقضاء مدة الاجارة فعل ما يدل على الرضاء بقطع الثمر

(١) و قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و هو قول مالك و الليث و احمد و اسحاق و داود بن على و الطبرى رحمهم الله تعالى راجع المغنى لابن قدامة ص ١٩٠ ج٤ و عمدة القارى ص ١٢ ج١٢ و تكملة المجموع ص ٣٣٩ ج ١١.

(٢) استحصد الخ. و فى المغرب مادة حصد ص ٢٠٦ ج ١. أحصد الزرع و استحصد حان له أن يحصد فهو محصد و مستحصد بالكسر و الفتح خطأ.

و لا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح و يكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير (١) ذكر و أما إذا بيعت الأرض و قد بذر فيها صاحبها و لم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمتاع و لو نبت و لم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه و قد قيل يدخل فيه

و الزرع فوجب رعاية جانبه بتبقية الأرض على حكم ملكه بالإجازة و أما العادة فغير مسلم و لئن سلمناه لكنه مشترك لأنهم كما يتركون حتى يستحصد الزرع يبيعون بشرط القطع كذا في تعليقات البرعزي. (و لا فرق) قال الكاكي كأنه رد لقول الشافعي رحمه الله تعالى فإن عنده غير المؤبرة للمشتري و قال الاترازي و لا فرق إلى آخره يتصل بقوله و من باع نخلا أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع يعني أن الثمر للبائع في الحالين يعني (بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح) احترز به عن قول المشعري فإنه قال إن لم يكن له قيمة يدخل و الصحيح أنه لا يدخل في الحالين. لأن بيعه يصح في أصح الروايتين و ما يصح بيعه منفرداً لا يدخل في بيع غيره و لا يلزم عليه البناء فإن بيعه يجوز منفرداً مع أنه يدخل في بيع الأرض تبعاً لأن البناء للقرار فيكون كجزء من أجزاء البيع. بخلاف الثمر فإنه المنفصل فلم يكن كجزء من أجزائه. (و يكون في الحالين) أي في حال يكون له قيمة و في حال لا يكون له قيمة يكون (للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبينه) أشار به إلى ما ذكره بعد تسعة خطوط بقوله و من باع ثمرة لم يبد صلاحها في الحال. أو قد بدا جاز (فلا يدخل في بيع الشجر بلا ذكر) يعني إذا كان الأمر كذلك لا يدخل الثمر في بيع بلا ذكر. (و أما إذا بيعت الأرض) قال (٢) الأكمل قوله و إذا بيعت الأرض معطوف على قوله و لا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع و ان لم يكن له قيمة و أما اذا بيعت الأرض(و قد بذر فيها صاحبها) أي و الحال أن صاحبها قد بذر في الأرض (و لم ينبت) أي و الحال أنه لم ينبت (بعد لم يدخل فيه) أي في البيع (لأنه) أي لأن البذر (مودع فيها) أي في الأرض (كالمتاع) الموضوع فيها حيث لا يدخل (و لو نبت و لم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه) أي في البيع و هو قول أبي القاسم الصفار (و قد قيل (٣) يدخل) و هو قول أبي بكر الإسكاف. و في الذخيرة (٤) هذا إذا لم يفسد البذر في الأرض فلو فسد و عفن(٥)فهو للمشتري لأن العفن لا يجوز بيعه على الإنفراد

---

(١)من غير ذكر -ن- بلا ذكر. (٢)قال الاكمل في العناية ص٤٨٧ ج٥. (٣)قيل يدخل الخ. و صرح في التجنيس بأن الصواب الدخول كما نص عليه القدوري و الاسبيجابي رحمهما الله تعالى كذا في البحر ص٤٩٦ ج٦ و فتح القدير ص٤٨٧ ج٥. (٤)و في الذخيرة الخ. كذا في فتح القدير. (٥)عفن. و في لسان العرب مادة عفن ص٢٨٨ ج١٣. عفن الشيء يعفن (من باب سمع) عفنا (بفتحتين) و عفونة (بالضم) فهو عفن بيّن العفونة و تعفن فسد من =>

و كان هذا بناء على الإختلاف في جواز بيعه قبل أن يناله (١) المشافر و المناجل و لا يدخل الزرع و الثمر بذكر الحقوق و المرافق لأنهما ليسا منهما

فصار بمنزلة جزء من أجزاء الأرض فيدخل فى بيع الأرض و اختار الفقيه أبو الليثّ أنه لا يدخل بكل حال إلا إذا بيع مع الأرض نصاً أو دلالة و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و فى فتاوى (٢) الفضلي و لو عفن البذر فى الأرض فهو للمشتري و إلا فهو للبائع و لو سقاه المشتري حتى ينبت و لم يكن عفن عند البيع فهو للبائع و المشتري متطوع فيما فعل و كذا إذا نبت و لم يتقوم بعد (و كان) قال الأكملّ (٣) و صحح بعض الشارحين بتشديد النون. قلت أراد به الاترازيّ فإنه قال و كان هذا بتشديد النون (هذا بناء على الإختلاف في جواز بيعه أن يناله المشافر) (٤) و هو جمع مشفر البعير شفته (و المناجل) (٥) جمع منجل بكسر الميم و هو ما يحصد به الزرع يعني فمن (٦) جوز بيعه قبل أن تناله المشافر و المشافر لم يجعله تابعا لغيره و من لم يجوزه جعله تابعا. (و لا يدخل الزرع و الثمر بذكر الحقوق و المرافق لأنهما) أي لأن الزرغ و الثمر (ليسا منهما) أي من الحقوق و المرافق الحقوق جمع حق و المراد به هاهنا ما يثبت له من ذلك. و المرافق جمع مرفق بفتح الميم و كسر الفاء قال الجوهرى (٧) و المرفق من الامر ما ارتفقت به و مرافق الدار

=> ندوة و غيرها فتفتت عند مسه. قال الأزهريّ هو الشيء الذى فيه ندوة و يحبس فى موضع مغموم فيعفن و يفسد. (١)يناله —ن— تناله. (٢)و فى فتاوى الفضلى الخ. كذا فى فتح القدير. (٣)قال الأكملّ فى العناية ص٤٨٨ ج٥. (٤)المشافر الخ. كذا فى المغرب ص٤٤٦ ج١ و فى لسان العرب مادة شفر ص٤١٩ ج٤. المشفر للبيعر كالشفة للانسان و الجحفلة للفرس و الميم زائدة و فى البحر ص٤٩٧ ج٥ و فى المصباح الشفة لا تكون الا من الانسان و المشفر من ذوى الخف و الجحفلة من ذوى الحافر و المقمة من ذوى الظلف و الخطم و الخرطوم من السباع و المنسر بفتح الميم و كسرها و السين مفتوحة فيهما من ذوى الجناح الصائد و المنقار من غير الصائد و الفطيسة من الخنزير اه. (٥)المناجل الخ و فى لسان العرب مادة نجل ص٦٤٧ ج١١. النجل و الفرص معناهما القطع و منه قيل للحديدة ذات الأسُنان منجل و المنجل ما يحصد به و الميم زائدة و المنجل المطرد و المنجل الذى يقضب به العود من الشجر فينجل به أي يرمى به. قال سيبويهّ و هذا الضرب مما يعتمل به مكسور الأول كانت فيه الهاء أو لم تكن و استعاره بعض الشعراء لأسنان الإبل. (قال) ابن الأعرابىّ المنجل السائق الحاذق و المنجل الذى يمحو ألواح الصبيان و المنجل الزرع الملتفّ المزدجّ و المنجل الرجل الكثير الأولاد و المنجل البعير الذى ينجل الكمأة بخفه اه ملخصا. (٦)فمن جوز الخ كذا فى العناية و فى فتح القدير ص٤٨٨ ج٥. و لا يخفى أن كلا من الاختلافين مبنى على سقوط تقومه و عدمه فان القول بعدم جواز بيعه و بدخوله فى البيع كلاهما مبنى على سقوط تقومه و الأوجه جواز بيعه على رجآء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجآء حياته فينتفع به فى ثانى الحال. (٧)قال الجوهرىّ فى الصحاح مادة رفق ص١٤٨٢ ج٤. المرفق (بكسر الميم و فتح الفاء) و المرفق (بفتح الميم و كسر الفاء) من الأمر و هو ما ارتفقت به و انتفعت به و مرافق الدار مصابّ المآء و نحوها اه ملخصا. و راجع للتفصيل لسان العرب ص١١٨ ج١٠.

و لو قال بكل قليل و كثير هو له فيها و منها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا. و إن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه. أما الثمر المجذوذ و الزرع المحصود لا يدخل إلا بالتصريح به لأنه بمنزلة المتاع. قال و من باع ثمرة لم يبد صلاحها

مسيل الماء أو نحوها. (و لو قال بكل قليل و كثير) هذا يذكر للمبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع و ما يتصل بالبيع و الالفاظ (١) في بيع الارض المزروعة و الشجرة المثمرة أربعة. الاول: أن يقول بعت الارض أو الشجر بكل قليل أو كثير (هو له) أي للبائع (فيها) أي في الارض (و منها) أي من الاشجار و قال شيخي رحمه الله تعالى فيه لف و نشر لان قوله فيها يرجع إلى الارض التي فيها الزرع و قوله منها يرجع إلى الاشجار التي فيها الثمر (من حقوقها) أي قال من حقوقها (أو قال من مرافقها لم يدخلا فيه) أي في الزرع و الثمر (لما قلنا) أشار به إلى قوله لانهما ليسا منهما. و الثاني: أن يقول بعت بكل قليل أو كثير هو له فيها و لم يقل من حقوقها أو من مرافقها و هو معنى قوله (و إن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه) أي في البيع لعموم تمام اللفظ. و الثالث: أن يقول بعت الارض و الشجر و لم يزد على ذلك و قد تقدم بيان ذلك. و الرابع: أن يقول بعت بحقوقها و مرافقها لا يدخلان لأن الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق و الشرب و المرافق ما يرتفق به و هو مخصوص بالتوابع كمسيل الماء و الزرع و الثمار ليسا كذلك فلا يدخلان. (أما الثمر المجذوذ) بذالين معجمتين و يجوز بمهملتين لان كليهما بمعنى واحد و هو المقطوع. قال الاترازىّ الأولى بالإهمال لتناسب بينه و بين المحصود و هو قوله (و الزرع المحصود لا يدخل إلا بالتصريح به) أي لا يدخل بمجرد قوله كل قليل و كثير هو له فيها و إن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها (لانه) أي لان كل واحد من المجذوذ و المحصود (بمنزلة المتاع) الموضوع فيها. (قال) أي القدوريّ (و من باع ثمرة لم يبد صلاحها) لاخلاف (٢) في عدم جواز

---

(١)و الألفاظ الخ. كذا في العناية ص٤٨٨ ج٥. (٢)لا خلاف الخ. نحوه في فتح القدير ص٤٨٨ ج٥. و في البحر الرائق ص٥٠٢ ج٥. قوله ثمرة أي ظاهرة قيدنا به لأن بيعها قبل الظهور لا يصح اتفاقا و قبل بدو الصلاح بشرط القطع في المنتفع به صحيح اتفاقا و قبل بدو الصلاح بعد الظهور بشرط الترك غير صحيح اتفاقا و بعد بدو الصلاح صحيح اتفاقا و بعد ما تناهت صحيح اتفاقا اذا أطلق و أما بشرط الترك ففيه اختلاف سيأتي (يعني عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى يفسد البيع قياسا و عند محمد و الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يفسد البيع استحسانا) فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقا أي لا بشرط القطع و لا بشرط الترك فعند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يجوز و عندنا يجوز و قال المحقق ابن الهمامّ في فتح القدير ص٤٩١ ج٥. وجه قول الشافعي و باقي الائمة رحمهم الله تعالى في الخلافية ما في الصحيحين عن أنس رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدوَ صلاحها و عن بيع النخل حتى تزهو قيل و ما تزهو قال تحمار أو تصفار و أخرج البخاريّ في الزكاة =>

....

بيع الثمار قبل أن تظهر و لا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك و لا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به و لا في الجواز بعد بدو الصلاح لكن الخلاف في تفسير بدو الصلاح فعندنا هو أن يأمن العاهة و الفساد و عند الشافعي رحمه الله تعالى هو ظهور النضج و بد و الحلاوة و الخلاف انما هو في بيعها قبل بدو الصلاح لا بشرط القطع فعند (١) مالك و الشافعي و أحمد رحمهم الله تعالى لا يجوز و عندنا يجوز ان كان بحيث ينتفع به و ان كان بحال

=> عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها و كان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها و أخرج أبوداود و الترمذى و ابن ماجة عن أنس رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود و عن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذىّ حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة و رواه الحاكم و قال صحيح على شرط مسلمٌ و لنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة و السلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع فجعله للمشترى بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه و في موطا مالكٌ عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبى ﷺ فعالجه و قام حتى تبين له النقصان فسال رب الحائط أن يضع له أو يقيله فحلف لا يفعل فذهبت بالمشترى الى النبى ﷺ فذكرت له ذلك فقال يأبى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فاتى النبى ﷺ فقال هو له و لو لا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه أما النهى المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع و هذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر و هو لا يحل ان لم يكن لموجب و هو عندهم تعليله عليه الصلاة و السلام بقوله ﷺ أرايت ان منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك و مزهية قبل الزهو و قد فسر أنس رضى الله تعالى عنه زهوها بان تحمر أو تصفر و فسرها ابن عمر رضى الله تعالى عنهما بان تامن العاهة فكان النهى عن بيعها محمرة قبل الاحمرار و مصفرة قبل الاصفرار أو آمنة من العاهة قبل أن يؤمن عليها و ذلك لان العادة ان الناس يبيعون ثمرة قبل أن تقطع فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة و ما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة و السلام عن بيع العنب حتى يسود و هو لا يكون عنبا قبل السواد يفيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع النهي عن بيع العنب عنبا قبل أن يصير عنبا و ذلك لا يكون الا بشرط الترك الى أن يبدو الصلاح و يدل عليه تعليل النبى ﷺ بقوله أرايت لو منع الله الثمرة بم ياخذ أحدكم مال أخيه فالمعنى اذ بعتموه عنبا قبل أن يصير عنبا بشرط الترك الى أن يصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم يصر عنبا بم يستحل أحدكم يعني البائع مال أخيه المشترى و البيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهى و اذا صار محل النهى بيعها بشرط تركها الى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهى فانا قد أفسدنا هذا البيع و بقى بيعها مطلقا غير متناول للنهى بوجه من الوجوه فلهذا ترك المصنفٌ الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث و حينئذ فالحديث المذكور لنا فيها أعنى حديث التأبير سالم عن المعارض و كذلك المعنى و هو أنه مبيع منتفع به في الحال أو في ثاني الحال الى آخره و بهذا التقرير ظهر أن ليس حديث التابير عاما عارضه خاص و هو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغى أن يكون للخاص لانه مانع و حديثنا مبيح بل لا يتناول احدهما ما يتناول الآخر و الحاصل أن بيع ما لم يبد صلاحه اما بشرط القطع و هو جائز اتفاقا لأنه غير متناول للنهى لما ذكرنا و اما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان بمثله بشرط القطع فلم يبق محل النهى الا بيعها بشرط الترك و نحن قائلون بأنه فاسد انتهى. (١)فعند مالك الخ. كذا في المغنى ص٢٠٢ ج٤.

أو قد بدا جاز لأنه مال متقوم إما لكونه منتفعاً به في الحال أو في الثاني و قد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها و الأول أصح و على المشتري قطعها في الحال تفريغاً لملك البائع و هذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع و إن شرط تركها على النخيل فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد و هو شغل ملك الغير أو هو صفقة فى صفقة و هو إعارة أو إجارة في بيع و كذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا و كذا

لا ينتفع به فالصحيح أنه يجوز (أو قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم إما لكونه منتفعاً به فى الحال أو في المآل) و في بعض النسخ أو في الثاني أي ثاني الحال كبيع مولود ولد من ساعته و مهر صغير. و في قاضي خان (١) عامة مشايخنا لم يجوزوا بيع الثمار قبل أن تصير منتفعا لنهيه عليه الصلاة و السلام عن بيعها قبل بدو الصلاح و المراد بالصلاح الإنتفاع و قد قال الفضليّ يجوز بيعها بعد الظهور و النهى محمول على بيعها قبل ظهور صلاحها للانتفاع في الزمان الثاني. (و قد قيل لا يجوز) و هو قول شمس الأئمة السرخسي و شيخ الاسلام خواهر زاده رحمهما الله تعالى (قبل أن يبدو صلاحها و الاول) أي جواز البيع في الحالين (أصح) كما قاله الإمام الفضليّ و اختاره المصنفّ (و على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع و هذا) إشارة إلى الجواز أي الجواز إنما يكون (إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع) أي إذا اشتراها بشرط أن يقطعها (و إن شرط تركها) بأن قال اشتريت على أني أتركه (على النخيل فسد البيع لانه) أي لان شرط الترك (شرط لا يقتضيه العقد) لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه (و هو) أي شرط الترك الذي لا يقتضيه العقد (شغل ملك الغير أو هو) أي المبيع بشرط الترك (صفقة فى صفقة) و قد ورد النهى عنها و فسرها بقوله (و هو إعارة أو إجارة في بيع) أراد بها إجارة على تقدير أنها باجرة أو إعارة على تقدير أنها بلا أجرة فيكون إدخال صفقة التي هي للاجارة أو الإعارة في صفقة و هو البيع. و قال الأكملّ (٢) و فيه تأمل (٣) لان ذلك إنما يكون صفقة ان لو جازت إعارة الاشجار أو إجارتها و ليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما إذا باع الزرع بشرط الترك فان إعارتها و إجارتها جائزة فيلزم صفقة فى صفقة. (و كذا بيع الزرع بشرط الترك) أي و كذا يفسد البيع بشرط ان يقول المشتري اشتريته على أني أتركه إلي وقت الحصاد (لما قلنا) أشار به إلى قوله أنه شرط لا يقتضيه العقد (و كذا) أي و كذا

---

(١) و فى فتاوى قاضى خان ص ٣٩٠ ج ٢. (٢) قال الاكملّ فى العناية ص ٤٨٩ ج ٥. (٣) و فيه تأمل الخ. أقول إعارة الأشجار ينبغى أن تجوز و يدل عليه ما نقله العلامة الكاكيّ عن الجامع الأصغر فراجعه كذا فى السعدية.

إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى ما قلنا و استحسنه محمد رحمه الله تعالى للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم و هو الذي يزيد بمعنى (١) من الأرض أو الشجر. و لو اشتراها مطلقاً و تركها بإذن البائع طاب له الفضل و إن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة و إن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة و إن اشتراها مطلقاً و تركها على النخيل و قد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف و الحاجة

يفسد البيع (إذا تناهى عظمها) و شرط فيها الترك (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا) أي لانه شرط لا يقتضيه العقد (و استحسنه محمد رحمه الله تعالى) أي استحسن محمد رحمه الله تعالى (٢) اذا العقد في هذه الصورة يعني لا يفسد البيع و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى (للعادة) أي لتعامل الناس من غير نكير. (بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها حيث يفسد لانه شرط فيه الجزء المعدوم و هو الذي يزيد بمعنى من الارض أو الشجر) و هو تأثير هما في الزيادة (و لو اشتراها مطلقاً) يعني من غير شرط القطع و الترك (و تركها باذن البائع طاب له الفضل) أي الفضل له من غير كراهة (و إن تركها بغير إذنه) أي بغير إذن البائع (تصدق) أي المشتري (بما زاد في ذاته) أي يقوم قبل التناهي و بعده فيتصدق بفضل ما بينهما من قيمة (لحصوله) أي لحصول ما زاد في ذاته (بجهة محظورة) و هي حصولها بقوة الأرض المغصوبة (و إن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لأن هذا) أي الذي زاد بعد التناهي (تغير حالة) من النيء إلى النضج (لا تحقق (٣) زيادة) في الجسم فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع بغير اذنه شيء بل الشمس تنضجها و القمر يلونها و الكواكب تعطيها الطعم. (و إن اشتراها مطلقاً) أي عن القطع و الترك (و تركها على النخيل و قد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة باطلة) أي لأن إجارة النخيل لا تصح كمن استأجرها ليجفف عليها الثياب و إنما تبطل الإجارة (لعدم التعارف) فإن التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الأشجار (و الحاجة) أي و لعدم الحاجة إلى ذلك لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تحقق إذا لم يكن مخلص

---

(١) بمعنى –ن– لمغنى. (٢) استحسن محمد رحمه الله تعالى الخ. و فى الأسرار الفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى و به أخذ الطحاوي و فى المنتقى ضم إليه أبا يوسف رحمه الله تعالى و في التحفة و الصحيح قولهما. كذا فى البحر ص ٥٠٦ ج٥. (٣) لا تحقق زيادة. نعم عليه اثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها كذا فى فتح القدير ص ٤٩١ ج٥.

فبقي الإذن معتبراً بخلاف ما إذا اشترى الزرع و استأجر الأرض إلى أن يدرك و تركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثاً. و لو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز و لو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط و القول قول المشتري في مقداره لأنه في يده

سواها و ههنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سيأتي فإذا بطلت الإجارة (فبقى الاذن معتبراً) فيطيب له الفضل. فإن قيل لا نسلم بقاء الاذن فإنه يثبت في ضمن الإجارة و في بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن أجيب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا تحقق له أصلا و لا وصفاً و لا شرعاً على ما عرف و المعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الإذن فكان معتبراً. (بخلاف ما إذا اشترى الزرع و استأجر الأرض إلى أن يدرك و تركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة) أي لجهالة وقت إدراك الزرع فإن الإدراك قد يتقدم لشدة الحر و قد يتأخر للبرد و الفاسد ماله تحقق من حيث الأصل فأمكن أن يكون متضمناً لشيء و يفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن و إذا انتفي الإذن (فأورثت) جهالة مدة الإدراك (خبثاً) و سبيله التصدق (و لو اشتراها مطلقاً) أي و لو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع و الترك (فأثمرت ثمراً آخر) أي في مدة الترك (قبل القبض) يعني قبل تخلية البائع بين المشتري و الثمار (فسد البيع لأنه) أي لأن البائع لا يمكنه تسليم المبيع) إلى المشتري (لتعذر (١) التمييز) أي بين ثمر الذي خرج بعد البيع و بين ما خرج قبل البيع. (و لو أثمرت) يعني ثمرة أخرى (بعد القبض) لم يفسد البيع لأن التسليم قد وجد وحدث ملك البائع و اختلط بملك المشتري (يشتركان فيه للاختلاط) أي لإختلاط غير المبيع بالمبيع (و القول قول المشتري في مقداره) أي مقدار الزائد (لأنه في يده) أي لأن المبيع في يد المشترى فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر (٢) المذهب. و كان شمس الأئمة الحلوانيّ يفتي بجوازه و يزعم أنه مروي عن أصحابنا. و حكي (٣) عن الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله تعالى أنه كان يفتي بجوازه و يقول أجعل الموجود أصلا و ما يحدث بعد ذلك

---

(١)لتعذر التمييز فاشبه هلاكه قبل التسليم كذا فى فتح القدير. (٢)هذا ظاهر المذهب الخ. كذا فى العناية ص ٤٩١ ج٥. (٣)و حكى عن الامام الخ. كذا في العناية. و فى فتح القدير ص ٤٩٢ ج٥. و كذا حكى عن الامام الفضليّ و كان يقول الموجود وقت العقد أصل و ما يحدث تبع نقله شمس الأئمةّ عنه و لم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون اكثر بل قال عنه أجعل الموجود أصلا في العقد و ما يحدث بعد ذلك تبعا و قال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة و لهم في ذلك عادة ظاهرة و فى نزع الناس من عادتهم حرج =>

و كذا في الباذنجان و البطيخ و المخلص أن يشتري الأصول ليحصل الزيادة على ملكه قال و لا يجوز أن يبيع ثمرة و يستثني منها أرطالاً معلومة خلافاً لمالك رحمه الله تعالى لأن الباقي بعد الإستثناء مجهول

تبعاً و لهذا شرط أن يكون الخارج أكثر. (و كذا) أي و كذا لا يجوز البيع (في الباذنجان و البطيخ) إذا حدث شيء قبل القبض و إذا حدث بعده يشتركان (و المخلص) (١) أي الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض. و قال الاترازي أي المخلص من فساد البيع (أن يشتري الأصول) أي أصول الباذنجان و أصول البطيخ (ليحصل الزيادة على ملكه) ليملكها. و في الذخيرة و المغني قال أبو الليث و فيه طريق آخر و هو أن يأذن المشترى على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذوناً في الترك بإذن جديد. (قال) أي القدوري (و لا يجوز أن يبيع ثمرة و يستثني منها أرطالاً معلومة) قال تاج الشريعة أي على الشجرة أما إذا كان مجذوذاً و باع و استثنى أرطالاً معلومة جاز و في قوله أرطالا إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلا واحداً يجوز لأنه استثنى القليل من الكثير بخلاف الأرطال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل. و في شرح الطحاوي (٢) باع الثمر على رؤس النخل إلا صاعاً منها يجوز لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجذوذاً موضوعاً على الأرض فباع الكل إلا صاعاً. (خلافاً (٣) لمالك رحمه الله تعالى) فانه يجيز كاستثناء شجرة معينة (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) أي وزناً و مشاهدة. و قيل و الإستثناء و إن كان مجهولاً وزناً لكنه معلوم مشاهدة و كان بيع مجازفة و جهالة المجازفة لا يمنع صحة العقد

=> و قد رأيت رواية فى نحو هذا عن محمد رحمه الله تعالى و هو بيع الورد على الأشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق و هو قول مالك رحمه الله تعالى. (١)و المخلص الخ. و فى فتح القدير ص٤٩٢ ج٥. و المخلص من هذه اللوازم الصعبة أن يشترى أصول الباذنجان و البطيخ و الرطبة ليكون ما يحدث على ملكه و فى الزرع و الحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن و يستاجر الأرض مدة معلومة بعلم غاية الادراك و انقضاء الغرض فيها بباقى الثمن و فى ثمار الأشجار يشترى الموجود و يحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر و هو أن يأذن المشترى على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك باذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط. (٢)و فى شرح الطحاوى الخ كذا فى العناية ص٤٩٢ ج٥. (٣)خلافا لمالك رحمه الله تعالى. و فى المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٢١٣ ج٤. اذا باع ثمرة بستان و استثنى صاعا أو آصعا او مدا أو أمدادا أو باع صبرة و استثنى منها مثل ذلك لم يجز و روى ذلك عن سعيد بن المسيب و الحسن و الشافعي و الاوزاعى و اسحاق و أبى ثور و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و قال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يجوز و هو قول ابن سيرين و سالم بن عبد الله و مالك رحمهم الله تعالى و ان باع شجرة أو نخلة و استثنى أرطالا معلومة فالحكم فيه كما لو باع حائطا و استثنى آصعا اه ملخصا. و فى البحر ص٥٠٧ ج٥. و محل الإختلاف ما اذا استثنى معينا فان استثنى جزءا كربع و ثلث فانه صحيح اتفاقا كذا فى البدائع.

بخلاف ما إذا باع و استثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال قالوا هذه (١) رواية الحسنؒ و هو قول الطحاويؒ أما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد و بيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل و أطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه

لأنها لا تفضي إلى المنازعة و الجهالة في مسألتنا تفضي الى النزاع فتمنع (بخلاف ما (٢)إذا باع و استثنى نخلا معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة) كم هي نخلة فيصح. (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (قالوا) أي المشايخؒ (هذا) أي قول (٣) القدوريؒ و لا يجوز أن يبيع ثمرة و يستثني منها أرطالاً معلومة (رواية (٤) الحسنؒ) أي عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى (و هو قول الطحاويؒ) و قول الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى أيضا (أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز) يريد به (٥) على ظاهر قياس الرواية فان حكم هذه المسألة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحاً و لهذا قال ينبغي أن يجوز (لأن الأصل أن ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد و بيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه) و ينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه (بخلاف (٦) استثناء الحمل و أطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه) صورة استثناء الحمل أن يقول بعتك هذه الشاة إلا حملها و صورة استثناء أطراف الحيوان بأن يقول بعتك هذه الشاة إلا جلدها أو غيره فانه لا يجوز لا في حضر و لا في سفر و به (٧) قال الشافعي رحمه الله تعالى

---

(١)هذه –ن– هذا. (٢)بخلاف ما اذا باع الخ. و فى المغنى ص٢١٣ ج٤. اذا استثنى نخلة أو شجرة بعينها جاز و لا نعلم فى ذلك خلافا. (٣)قول القدوريؒ و لا يجوز الخ. و فى فتح القدير ص٤٩٣ ج٥. عدم الجواز أقيس بمذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد و هو لازم فى استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار و ان لم يفض إلى المنازعة فالحاصل أن كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم أن ما لم يفض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية الى المنازعة فى الصحة من كون البيع على حدود الشرع ألا يرى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد و على البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج و نحوه و لا يعتبر ذلك مصححا. انتهى. (٤)رواية الحسن الخ. و فى المعراج و قيل رواية الحسن و الطحاوى رحمهما الله تعالى محمولة على ما اذا لم يكن الثمر منتفعا به لأنه ربما يصيبه آفة و ليس فيه إلا قدر المستثنى فيتطرق فيه الضرر اه. كذا فى البحر ص٥٠٧ ج٥. (٥)يريد به الخ. كذا فى الغناية ص٤٩٣ ج٥. (٦)بخلاف استثناء الحمل. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليؒ ص٢١٥ ج٤. و ان استثنى الحمل لم يصح استثناءه لذلك و هذا قول أبى حنيفة و مالك و الثورى و الشافعي رحمهم الله تعالى و قد نقل عن أحمد رحمه الله تعالى صحته و به قال الحسن و النخعي و اسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى اه ملخصا. (٧)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليؒ ص٢١٤ ج٤. و ان باع حيوانا مأكولا و استثنى رأسه و جلده و أطرافه و سواقطه صح نص عليه أحمد رحمه الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى يصح فى السفر دون الحضر و قال أبو حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز.

و يجوز بيع الحنطة في سنبلها و الباقلاء في قشره و كذا الأرز و السمسم. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر و كذا الجوز و اللوز و الفستق في قشره الأول عنده و له في بيع السنبلة قولان عندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود

و قال أحمد رحمه الله تعالى يجوز ذلك في الرأس و الأكارع لعدم الإفضاء إلى المنازعة غالباً و توقف (١) في استثناء الشحم و عن مالك رحمه الله تعالى أنه يجوز ذلك في السفر دون الحضر للضرورة فيه (و يجوز بيع الحنطة في سنبلها و الباقلاء في قشره و كذا الأرز و السمسم) يعني يجوز في قشرها. و الحاصل أن يبع الشيء في غلافه لا يجوز إلا الحبوب مثل هذه المذكورة. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر و كذا الجوز و اللوز و الفستق في قشره الاول عنده) أي عند الشافعي رحمه الله تعالى (و له) أي و للشافعي رحمه الله تعالى (٢) (في بيع السنبلة قولان) في قوله القديم يجوز و في الجديد لا يجوز و له (٣) أيضا وجهان فى الباقلاء الاخضر و المنصوص عليه أنه لا يجوز و هو ظاهر مذهبه قال الاصطخريّ و كثير من أصحابه يجوز كقولنا. و به قال (٤) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (عندنا يجوز ذلك كله) أي بيع المذكور في الحبوب كله يجوز عندنا (و له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (٥) (أن المعقود

---

(١)و توقف فى استثناء الشحم. و فى المغنى ص٢١٥ ج٤. فان استثنى شحم الحيوان لم يصح نص عليه أحمد رحمه الله تعالى. قال أبو بكرٌ لا يختلفون عن أبي عبد اللهؒ أنه لا يجوز ذلك. (٢)و للشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى شرح المهذب ص٣٠٨ ج٩ و فيه أيضا الأصح الجديد لا يصح بيعه. (٣)و له ايضا الخ. و فى شرح المهذب للنووى الشافعى ص٣٠٥ ج٩. يجوز بيع الباقلى فى القشر الأسفل بلا خلاف و سواء كان أخضر أو يابسا و أما بيعه في قشره الأعلى و الأسفل فان كان يابسا لم يجز على قولنا بمنع بيع الغائب فان جوزناه جاز هكذا صرح به امام الحرمين و البغوى و الجمهور رحمهم الله تعالى و حكى المتوليّ وجها أنه يصح ان منعنا بيع الغائب و هذا شاذ ضعيف و ان كان رطبا ففيه وجهان مشهوران أحدهما و هو قول الأصطخريّ يجوز و ادعى امام الحرمين و الغزالى رحمهما الله تعالى أن الأصح صحته لأن الشافعي رحمه الله تعالى أمر أن يشترى له الباقلى الرطب و الثانى لا يجوز و هو المنصوص فى الأم و هذا هو الأصح عند البغوى و آخرين رحمهم الله تعالى. (٤)و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص٢٠٨ ج٤. و يجوز بيع الجوز و اللوز و الباقلا الأخضر فى قشرته مقطوعا و فى شجره و بيع المشتد فى سنبله و بيع الطلع قبل تشققه مقطوعا على وجه الأرض و فى شجره و بهذا قال أبو حنيفة و مالك رحمهما الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز حتى ينزع عنه قشره الأعلى إلا فى الطلع و السنبل فى أحد القولين. (٥)للشافعى رحمه الله تعالى الخ. و فى فتح القدير ص٤٩٤ ج٥. و المعول فى الاستدلال نهيه ﷺ عن بيع الغرر و فى هذا غرر فانه لا يدرى قدر الحنطة الكائنة فى السنابل و المبيع ما أريد إلا الحب لا السنابل فرجع الى جهالة قدر المبيع و ألزم على هذا أن لا يجوز بيع اللوز و نحوه فى قشره الثانى لكنه تركه للتعامل المتوارث.

عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه و لنا ما روي عن النبي عليه الصلاة و السلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى و عن بيع السنبل حتى يبيض و يأمن العاهة

عليه مستور بمالا منفعة له فيه) أي للمشترى في المعقود (فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه) يعني لا يجوز لاحتمال الربا و لا ينصرف إلى خلاف الجنس تحرياً للجواز كما في بيع الدرهم و الدينارين بدرهمين و دينار لان التراب ليس بمال يتقوم و تراب الصاغة هو التراب الذى فيه برادة الذهب و الفضة و الصاغة (١) جمع صائغ و وجه المشابهة بينهما استتاره بما لا منفعة فيه. (و لنا ما روى عن النبى ﷺ أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى و عن بيع السنبل حتى يبيض و يأمن العاهة) هذا الحديث رواه الائمة (٢) الستةّ غير البخاريّ عن أيوب عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل...... إلى آخره نحوه و فى آخره نهى البائع و المشترى. قوله حتى يزهي (٣) أي يحمر أو يصفر. و قال أبو زيد و الكسائي رحمهما الله تعالى

---

(١) الصاغة الخ. و فى المنجد مادة صوغ. الصائغ (فا) ج صاغة و صياغ و صواغ (بضم الصاد فيهما مع تشديد الياء فى الأول و تشديد الواو في الثاني) من حرفته معالجة الفضة و الذهب و نحوهما بأن يعمل منهما حلى و أوانى. (٢) رواه الأئمة الستة غير البخارى رحمهم الله تعالى الخ. أخرجه مسلمٌ فى البيوع باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ص٧ ج٢ و أبو داودٌ في البيوع باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ص ١٢٢ ج٢ و الترمذىٌ فى البيوع باب ما جآء فى كراهية بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها ص١٤٧ ج١ و النسائىٌ فى البيوع بيع السنبل حتى يبيض ص٢١٩ ج٢. و ابن ماجةٌ فى البيوع باب النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ص١٦١. و أخرج ابوداودٌ فى البيوع باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ص١٢٢ ج٢ عن أنس رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود و عن بيع الحب حتى يشتد و رواه الترمذىٌ فى البيوع باب ما جآء فى كراهية بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها ص١٤٧ ج١ و قال هذا حديث حسن غريب و ابن ماجةٌ باب النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ص١٦١. (٣) يزهي الخ. قال العلامة الحافظ العينىٌ فى عمدة القارى ص٥ ج١٢. قال ابن الأعرابىٌ زها النخل يزهو اذا ظهرت ثمرته و أزهى اذا إحمر و إصفر و قال غيره يزهو خطأ و انما يقال يزهى و قد حكاهما أبو زيد الانصارىٌ و قال الخليلٌ أزهى الثمر و فى المحكم الزهو (بالفتح) و الزهو (بالضم) البسر اذا ظهرت فيه الحمرة و قيل اذا لون واحدته زهوة و أزهى النخل و زهى تلون بحمرة و صفرة و قال الخطابىٌ الصواب فى العربية يزهى. و قال العينىٌ ص٧ ج١٢. قال الخطابىٌ لا يقال فى النخل يزهو و انما يقال يزهى لا غير ورد عليه غيره فقال زهى اذا طال و اكتهل و أزهى اذا احمر و اصفر. و فى لسان العرب مادة زها ص٣٦٢ ج١٤. الزهو (بالفتح) البسر الملوّن. يقال اذا ظهرت الحمرة و الصفرة فى النخل فقد ظهر فيه الزهو. و الزهو (بالفتح) و الزهو (بالضم) البسر اذا ظهرت فيه الحمرة و قيل اذا لون واحدته زهوة (بالفتح) و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى زهو و هى لغة أهل الحجاز بالضم جمع زهو (بالفتح) كقولك فرس ورد و أفراس ورد فأجرى الاسم فى التكسير مجرى الصفة و أزهى النخل و زهى زهوا (بضمتين) تلون بحمرة و صفرة. (قال) ابن الاعرابى زها النبت يزهو اذا نبت ثمره و أزهى يزهى اذا احمر و اصفر و قيل هما بمعنى الاحمرار و الاصفرار و منهم من انكر يزهو و منهم من انكر يزهى و زها النبت طال و اكتهل. أبو الخطابٌ قال لا يقال للنخل الا يزهى و هو أن يحمر أو يصفر قال: و لا يقال يزهو و قال الاصمعىٌ اذا ظهرت =>

و لأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير و الجامع كونه مالاً متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز و في مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربا لانه لا يدري قدرما في السنابل.

زهي يزهو و أزهي يزهي بمعنى أي احمر الثمر أو اصفر. و قال أبو عبيدٌ أنكر الأصمعي أزهى و نقل الزمخشري فى فائقه عن كتاب العين يزهو خطأ انما هو يزهي قوله العاهة (١) أي الآفة. (و لأنه) أي و بمعنى المذكور من الحبوب (حب ينتفع به) و هذا (٢) كأنه جواب عن قوله أن المعقود عليه مستور بما لا نفع فيه و تقريره لا نسلم أنه لا منفعة له بل هو حب منتفع به. و من أكل الفولية يشهد بذلك و أن الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله (٣) و هو الإنتفاع لا محالة (فيجوز بيعه في سنبله كالشعير) في سنبله فانه يجوز بالإتفاق (٤) (و الجامع) يعني في تشبيه بيع الحنطة في قشرها و بيع الشعير في سنبله (كونه) أي كون كل واحد منهما (مالاً متقوماً بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لإحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز) لعدم ذلك الاحتمال. و قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل فإن كان تراب ذهب بتراب فضة فهو جائز. و كل واحد منهما بالخيار إذا رأى ما فيه. و اعلم أن بيع تراب الصاغة بخلاف الجنس إنما يجوز إذا وجد فيه الذهب أو الفضة و إذا لم يوجد فلا ألا ترى إلى ما قال في الفتاوي الولوالجي رجل (٥) اشترى تراب الصواغين بعرض فهذا على وجهين إن وجد فيها ذهباً أو فضة جاز البيع لأنه تبين أنه اشترى الذهب و الفضة بالعروض و إن لم يجد فيها ذهبا أو فضة لا يجوز. (و في مسألتنا) المتنازع فيها (لو باعه بجنسه) أي لو باع حب الحنطة في السنبل بالحنطة في السنبل (لا يجوز أيضا لشبهة الربا لأنه لا يدري قدر ما في السنابل) فإن قيل (٦) ما الفرق بين مسألتنا و بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه و هما سيان في كون المبيع مغلفا. أجيب بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة و هي في سنبلها و لا يقال هذا حب و هو في القطن و إنما يقال هذا قطن و كذلك في التمر إليه أشار أبو يوسف رحمه الله تعالى. فإن قلت استدل الشافعي رحمه الله تعالى أيضا فيما ذهب إلى بان النبي ﷺ نهى (٧) عن بيع الغرر

فيه الحمرة قيل أزهى. (قال) خالد بن جنبةَ الزهو من البسر حين يصفر و يحمر و يحل جرمه قال و جزمه للشراء و البيع قال و أحسن ما يكون النخل اذ ذاك. اه ملخصا. (١)العاهة الخ. كذا في اللسان مادة عهو ص ٥٢٠ ج١٣. (٢)و هذا كأنه الخ. كذا في العناية ص ٤٩٤ ج٥. (٣)في سنبله، يوسف: ٤٧. (٤)يجوز بالاتفاق كذا في الكفاية. (٥)رجل اشترى الخ. نحوه في البحر ص ٥١٠ ج٥ معزيا إلى الخانية. (٦)فان قيل الخ. كذا في العناية ص٤٩٥ ج٥. (٧)نهى عن بيع الغرر. أقول روى هذا الحديث عن أبي هريرة و علي و ابن عمر و ابن عباس و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهم =>

....

و هذا الذي ذكرتم منه لا يدري قدر الحب في السنابل و استدل أيضاً بأنه عليه الصلاة و السلام نهى (١) عن بيع الطعام حتى يفرك. قلت (٢) حديث النهي عن بيع الغرر محمول على بيع الطير في الهواء و السمك في الماء. لأن الغرر ماله عاقبة مستورة كذا ذكره في الصحاح (٣) أو يحمل على بيعه قبل أن يشتد. و حديث الفرك رواه ابن حبان في رواية عوضاً عن قوله عليه الصلاة و السلام و عن بيع الحب حتى يشتد أخرجه (٤) أبوداود و الترمذي رحمهما الله تعالى و قال حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمةؒ و قوله حتى يفرك أي حتى يصير بحال

=> أما حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه فاخرجه مسلمؒ في البيوع باب بطلان بيع الحصاة و البيع الذي فيه غرر ص٢ ج٢ و ابو داودؒ فيه باب في بيع الغرر ص١٢٣ ج٢ و الترمذيؒ فيه باب ما جآء في كراهية بيع الغرر ص١٤٧ ج١ و النسائيؒ فيه بيع الحصاة ص٢١٦ ج٢ و ابن ماجةؒ في التجارات باب النهي عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر ص١٥٩ و أما حديث علي رضي الله تعالى عنه فاخرجه ابوداودؒ في البيوع باب في بيع المضطر ص١٢٣ ج٢ و أما حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما فاخرجه البيهقيؒ في البيوع باب النهي عن بيع الغرر ص٣٣٨ ج٥ و أما حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فاخرجه ابن ماجة باب النهي عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر ص ١٥٩ و أما حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فاخرجه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده. (١)نهى عن بيع الطعام الخ. أخرجه البيهقيؒ في البيوع باب ما يذكر في بيع الحنطة في سنبلها ص٣٠٣ ج٥ عن انس رضي الله تعالى عنه ان رسول الله ﷺ نهى أن تباع الثمرة حتى يبين صلاحها تصفر أو تحمر و عن بيع العنب حتى يسود و عن بيع الحب حتى يفرك. قال المحدث البيهقيؒ قوله حتى يفرك ان كان بخفض الراء على اضافة الافراك إلى الحب وافق رواية من قال حتى يشتد و ان كان بفتح الراء و رفع الياء على إضافة الفرك الى من لم يسم فاعله خالف رواية من قال فيه حتى يشتد و اقتضى تنقيته عن السنبل حتى يجوز بيعه و لم أر أحدا من محدثي زماننا ضبط ذلك و الأشبه أن يكون يفرك بخفض الراء لموافقة معنى من قال فيه حتى يشتد و الله اعلم. (٢)قلت الخ. قال الحافظ بدر الدين العينيؒ في عمدة القاري تحت باب بيع الغرر و حبل الحبلة ص٢٦٤ ج١٢. قال الأزهريؒ بيع الغرر ما يكون على غير عهدة و لا ثقة قال و يدخل فيها البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان و قال صاحب المشارقؒ بيع الغرر بيع المخاطرة و هو الجهل بالثمن أو المثمن أو سلامته أو أجله و قال ابو عمرؒ بيع يجمع وجوها كثيرة منها المجهول كله في الثمن أو المثمن اذا لم يوقف على حقيقة جملته و منها بيع الآبق و الجمل الشارد و الحيتان في الآجام و الطائر غير الداجن قال و القمار كله من بيع الغرر و حكى الترمذي عن الشافعي رحمهما الله تعالى أن بيع السمك في المآء من بيوع الغرر و بيع الطير في السماء و العبد الآبق و قال شيخناؒ ما حكاه الترمذي عن الشافعي رحمهما الله تعالى من أن بيع السمك في المآء من بيوع الغرر و هو فيما اذا كان السمك في مآء كثير بحيث لا يمكن تحصيله منه و كذا اذا كان يمكن تحصيله و لكن بمشقة شديدة و أما اذا كان في مآء يسير بحيث يمكن تحصيله منه بغير مشقة فانه يصح لأنه مقدور على تحصيله و تسليمه و هذا كله اذا كان مرئيا في المآء القليل بأن يكون الماء صافيا فاما اذا لم يكن مرئيا بأن يكون كدرا فانه لا يصح بلا خلاف كما قاله النووي و الرافعي رحمهما الله تعالى. (٣)الصحاح للجوهري ص٧٦٨ ج٢. (٤)أخرجه ابوداودؒ الخ. قد مر تخريجه عن قريب في هامش البناية ص ٦٩ ج١٠.

و من باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقها لأنه يدخل فيه الاغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء و المفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا ينتفع به بدونه. قال و أجرة الكيال و ناقد الثمن على البائع أما الكيل فلا بد منه للتسليم و هو على البائع و معنى هذا إذا بيع مكايلة و كذا أجرة الوزان و الذراع و العداد و أما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لأن النقد يكون بعد التسليم ألا ترى أنه يكون بعد الوزن و البائع هو المحتاج اليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده. و في رواية ابن سماعة عنه

يتأتى فيه الفرك و الحمل عليه أولى توفيقاً بينه و بين ما روينا فافهم. (و من باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقها) الأغلاق (١) بفتح الهمزة جمع غلق بفتحتين و هو ما يغلق و يفتح بالمفتاح (لأنه يدخل فيه) أي في البيع (الأغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء) أي في الدار للبقاء لا للانفصال (و المفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه) أي لأن المفتاح (بمنزلة بعض منه) أي من الغلق (إذ لا ينتفع به) أي بالغلق (بدونه) أي بدون المفتاح. و في الفوائد الظهيرية هذا إذا كانت الأغلاق مركبة في حيطان الدار أما إذا كانت منفصلة فلا تدخل بدون الذكر. فان (٢) قلت يرد على هذا التعليل الطريق حيث لا يدخل في بيع الدار مع أن الدار لا ينتفع إلا بها. قلت إنما لا يدخل الطريق لأن المقصود من شراء الدار قد يكون نفس الملك لا الإنتفاع بها بأن يكون مراد المشتري بها أخذ دار بجنبها لسبيل الشفعة حتى إذا كان المقصود الإنتفاع بها يدخل الطريق أيضاً كما في الإجارة و القسمة و الصدقة الموقوفة. (قال) أي القدوري (و أجرة الكيال و ناقد الثمن على البائع أما الكيل فلا بد منه للتسليم و هو) أي التسليم (على البائع و معنى هذا إذا بيع مكايلة و كذا أجرة الوزان و الذراع و العداد) إذا باع بشرط الوزن و الذرع و العدد لأن تحقق الابقاء بذلك قيد به لأنه لو بيع مجازفة لا يجب أجرة هؤلاء على البائع (و أما النقد) أي و أما أجرة ناقد الثمن (فالمذكور) أي في القدوري أنه على البائع (رواية ابن رستم عن محمد لأن النقد يكون بعد التسليم ألا ترى أنه) أي التسليم (يكون بعد الوزن) أي بعد وزن الثمن (و البائع هو المحتاج اليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره) أي من غير حقه من الردي (أو ليعرف) أي البائع (المعيب) إذا وجده معيباً (ليرده) على المشتري. (و في رواية ابن سماعة عنه) أي عن محمد رحمه الله تعالى أجرة الناقد

---

(١) الأغلاق الخ. كذا في المغرب ص ١٠٩ ج٢ و لسان العرب ص ٢٩١ ج١٠ و في المنجد ص ٥٥٧ الغلق ج أغلاق و جج أغاليق: ما يغلق به الباب. المغلاق و المغلق (بكسر الميم فيهما) و المغلوق (بضم الميم) ج مغاليق: ما يغلق به الباب اه ملخصا. (٢) فان قلت الخ نحوه في الكفاية ص ٤٩٥ ج٥.

على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر و الجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه. قال و أجرة وزان الثمن على المشترى لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم المثن و بالوزن يتحقق التسليم قال و من باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولاً لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة.

(على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر) لأن حق البائع في القدر و الجودة جميعاً (و الجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه) اي على المشتري. و قال الفقيه ابو الليث في العيون أجرة وزان الثمن و ناقده على المشتري لان عليه أن يوفيه الوزن. و في الخلاصة (١) و الصحيح أنها على المشتري. (قال) أي القدوري (و أجرة (٢) وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه) أي أن المشتري (هو المحتاج إلى تسليم الثمن و بالوزن يتحقق التسليم) فيكون أجرة الوزان على المشتري. (قال) أي القدوري (و من باع سلعة (٣) بثمن) أي بالدراهم و الدنانير (قيل للمشتري ادفع الثمن أولاً لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه) أي أن الثمن (لا يتعين بالتعيين تحقيقاً للمساواة) أي في المالية. و بقولنا قال الشافعي رحمه الله تعالى فى قول ومالك رحمه الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى فى الأصح أنه يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً و به قال أحمد رحمه الله تعالى. و عنه في قول يجبرهما الحاكم على التسليم فيأمر كل واحد منهما باحضار ما عليه فاذا أحضرا سلم الثمن إلى البائع و المبيع إلى المشتري. و في قول لا يجبرهما و يمنعهما من التخاصم فاذا سلم أحدهما أجبر الآخر كذا فى (٤) شرح الوجيز و قال الاترازي و هذا الذي قلنا من وجوب دفع الثمن أولاً على المشتري

---

(١)و في الخلاصة ص٩٨ ج٣. أجرة الناقد على البائع ان قال المشترى دراهمى جيدة و الصحيح أنه على المشترى مطلقا هذا في الفتاوى و فى الخانية ص٣٩٨ ج٢ و هو ظاهر الرواية و فى الهندية ص٢٨ ج٣ و عليه الفتوى كذا في الوجيز للكردرى هذا اذا كان قبل القبض و هو الصحيح أما بعده فعلى البائع كذا فى السراج الوهاج. (٢)أجرة وزان الثمن على المشترى باتفاق الأئمة الاربعة رحمهم الله تعالى كذا فى فتح القدير ص٤٩٥ ج٥. و فى الهندية ص٢٨ ج٣. و أجرة وزان الثمن على المشترى هو المختار كذا فى جواهر الأخلاطى. (٣)سلعة. و فى لسان العرب ص١٦٠ ج٨. السلعة (بكسر السين و سكون اللام) ما تجربه و أيضا المتاع و جمعها السلع (بكسر السين و فتح اللام) اه ملخصا. (٤) كذا فى شرح الوجيز للعلامة أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي الشافعي المتوفى سنة ٦٢٣هج. ص٣١٢ ج٤ و لفظه: لا شك أن على كل واحد من المتبايعين تسليم العوض الذى استحقه الآخر لكن لو اختلفا فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن و قال المشترى لا أؤدى الثمن حتى أقبض المبيع ففيه أربعة أقوال (أحدها) أن الحاكم يجبرهما على التسليم فيأمر كل واحد منهما باحضار ما عليه فاذا أحضرا سلم =>

قال و من باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لإستوائهما في التعيين و عدمه فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع.

فيما إذا كان المبيع حاضراً فان كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع من التسليم حتى يحضر المبيع و يكون بحيث يمكنه قبضه في مكانه اذا دفع الثمن ثم المبيع في زمان الحبس في زمان البائع إلى أن يسلمه إلى المشتري حتى إذا هلك في يد البائع انتقض البيع و يعود الثمن إلى المشتري. (قال) أي القدوريّ (و من باع سلعة بسلعة أو ثمناً) أي أو باع ثمنا (بثمن قيل لهما سلما معاً) هذا باجماع الائمة الاربعةّ (لإستوائهما) أي لاستواء البائع و المشتري (في التعيين و عدمه فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع) أي في دفع المبيع و الثمن و في المجتبى لا بد من معرفة كيفية التسليم و التسلم و مكان التسلم التخلية بين المشتري و بين المبيع من غير مانع من قبضه و به يدخل المبيع في ضمان المشتري. قال ابن شجاعٍّ و هذا باتفاق أهل العلم. و قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى القبض في الدراهم و الدنانير فتناولهما بالبراجم و في الثياب و نحوها

<=الثمن الى البائع و المبيع الى المشترى لا يضره بأيهما بدأ أو يأمرهما بالوضع عند عدل ليفعل العدل ذلك و وجهه أن كل واحد منهما يستحق قبض ما عند الآخر فلا سبيل الى تكليف الايفاء فيؤمر بايفائه كما لو كان كل واحد منهما وديعة عند الآخر و تنازعا هكذا (و الثانى) أنه لا يجبر واحدا منهما و لكن يمنعهما من التخاصم فاذا سلم أحدهما ما عليه أجبر الآخر و وجهه أن على كل واحد ايفاء و استيفاء و لا سبيل الى تكليف الايفاء قبل الاستيفاء (و الثالث) و به قال مالك و أبو حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يجبر المشتري على تسليم الثمن أولا لأن حقه متعين فى المبيع و حق البائع غير متعين في الثمن فيؤمر بالتعيين (و الرابع) و به قال أحمد رحمه الله تعالى و هو الأصح يجبر البائع على تسليم المبيع أولا لأنه لا يخاف هلاك الثمن فملكه مستقر فيه و تصرفه فيه بالحوالة و الاعتياض نافذ و ملك المشترى فى المبيع غير مستقر فعلى البائع التسليم ليستقر. و فى المسألة طريقة أخرى و هى القطع بالقول الرابع و حمل الأول و الثاني على حكاية مذهب الغير و ما روى عن نصه فى الام و استغربه و أما الثالث فهو من تخريج بعضهم و ليس منصوصا عليه و اختار الشيخ أبو حامدّ هذه الطريقة و منقول المزنيّ فى المختصر يمكن تنزيله على القول الرابع و به قال الأكثرون و يمكن تنزيله على الأول و به قال المسعوديّ و هذا كله فيما اذا كان الثمن فى الذمة فان كان معينا سقط القول الثالث و ان تبايعا عرضا بعرض سقط القول الرابع أيضا و بقى قولان (أحدهما) أنهما يجبران (و الثانى) لا يجبران و يشبه أن يكون الأول أظهر و به قال أحمد رحمه الله تعالى و هو الذى أورده فى الشامل. انتهى. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص ٢٧٠ ج٤. (فصل) و ان اختلفا فى التسليم فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن و قال المشترى لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع و الثمن فى الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشترى على تسليم الثمن فان كان عينا أو عرضا بعرض جعل بينهما عدل فيقبض منهما ثم يسلم اليهما و هذا قول الثوريّ و أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الاطلاق و هو قول ثان للشافعي رحمه الله تعالى و قال أبو حنيفة ومالك رحمهما الله تعالى يجبر المشترى على تسليم الثمن.

(١)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و فى البدائع للكاسانى الحنفيّ ص ٢٤٤ ج٥. و قال الشافعي رحمه الله تعالى =>

بنقله من مكان إلى مكان إلا الطعام مكايلة فبالكيل و العقار و الشجر بالتخلية. و في الغاية يحكم فيه بالعرف فقبض العقار بالتخلية و قبض المنقول بالنقل إلى مكان لا يختص بالبائع و به(١) قال أحمد رحمه الله تعالى و في المجتبي أمره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى أخذه إنسان فان أمكنه قبضه من غير قيام صح التسليم و إلا فلا. و في النظم أمر البائع المشتري بحلق شعر العبد أو بالحجامة أو بسقيه دواء أو بتداوى جرحه ففعل لا يصير قابضاً. و لو قبض المشترى فوجد فيه عيباً ففعل هذه الاشياء لا يكون رضاء و لو أمره بختان الجارية أو العبد أو الفصد أو ربط جرحه أو قطع عرقه أو كان ثوباً فقطعه أو قصره أو غسله أو نعلا يحذوه أو طعاماً يطبخه أو جارية فأمره أن يزوجها فزوجها و دخل بها زوجها يكون قبضاً و لو لم يدخل لا يكون قبضاً. و لو فعل المشتري شيئاً من هذه الاشياء بعد وجدان العيب به يصير راضياً و لو لم يكن له الرد فيرجع بالنقصان في هذا كله. و في جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من كلفة. و لو باع حنطة في بيته و دفع إليه المفتاح ليقبض فان قال خليت بينك و بينها فتسلم و إلا فلا و لو باع دارا و هما غائبان عنها فقال البائع سلمتها اليك و قال المشتري قبضتها لم يصر قابضاً حتى يكون قريباً بحيث يقدر على اغلاقها. و في جامع شمس الأئمة يصح القبض و إن كان العقار غائباً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما اشترى فرساً في حظيرة فقال البائع سلمتها إليك ففتح المشترى الباب فذهب فان أمكنه أخذه بيده بلا عون كان تسليما و إلا فلا و كذا الطير. و في جامع شمس الائمة إن كان لا يقدر بقبضه إلا مع الحبل و ليس معه حبل لا يكون قبضاً و لو كان معه حبل و عون فقبض. و كذا لو اشترى رمكة من الرماك في حظيرة و لو اشترى الرماك كلها فالتخلية بينه و بين الحظيرة تسليم حتى لو غلبته و هلكن هلكن من المشتري. و لو كان في البيت متاعه و إن قل أو في الأرض زرعه يمنع التسليم. و عن الوبريّ المتاع لغير البائع لا يمنع فلو أذن له

=> القبض في الدار و العقار و الشجر بالتخلية و أما في الدارهم و الدنانير فتناولهما بالبراجم و في الثياب بالنقل و كذا في الطعام اذا اشتراه مجازفة فاذا اشتراه مكايلة فبالكيل و في العبد و البهيمة بالسير من مكانه. (١)و به قال أحمد رحمه الله تعالى. و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص ٢٢٠ ج٤ (فصل) و قبض كل شيء بحسبه فان كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا فقبضه بكيله و وزنه و بهذا قال الشافعي رحمه الله تعالى و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى التخلية في ذلك قبض و ان بيع جزافا فقبضه نقله و ان كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد و ان كان ثيابا فقبضها نقلها و ان كان حيوانا فقبضه بمشيته من مكانه و ان كان مما لا ينقل و يحول فقبضه التخلية بينه و بين مشتريه لا حائل دونه لأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف كالاحراز و التفرق و العادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرنا اه ملخصا.

باب خيار الشرط

بقبض المتاع و البيت صح و صار المتاع وديعة عنده و لو هلك الثوب و هو في أيديهما بعد التخلية فهو قبض عند محمد رحمه الله تعالى خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى. و هو اشترى دهناً و دفع قارورة ليزنه فيها بحضرة المشتري فهو قبض و كذا بغيبته على الأصح و إنكان في بيت البائع. و كذا سائر المكيلات و الموزونات إذا وزنها أو كالها في وعاء المشتري بأمره. و لو غصب شيئا بعينه ثم اشتراه صار قابضاً بالشراء و ليس للبائع حبسه بالثمن بخلاف الوديعة و العارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية. و لو اشترى حنطة فى السواد يجب تسليمها في السواد. و لو اشترى تمراً على الأشجار فجذها على المشتري و الموازنة على البائع و كذا قلع الجزر و الشلغم و نحوها على المشتري إلا قدر نموذج فهو على البائع بكل حال. و لو اشترى حنطة في سنبله أو شيئاً في جوالق أو ثوباً فى وعاء فالإخراج على المشتري. و لو اشترى وقر حنطة في المصر فحملها على البائع. و لو اشترى حنطة في سنبلها فتخليصها بالدوس و التذرية على البائع و التبن للبائع.

(باب خيار الشرط)

أي هذا باب في بيان أحكام خيار الشرط. و لما فرغ (١) عن بيان البيع اللازم و هو الذي ليس فيه خيار بعد وجود شرائطه شرع في بيان البيع الغير اللازم و هو ما فيه الخيار و لكون اللازم أقوى قدمه

(١)لما فرغ الخ. و في فتح القدير ص٤٩٧ ج٥. قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين فى البدلين و الأصل أن لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الأصل ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها و هو البيع بشرط الخيار انتهى. و فى فتح البارى ص ٤١٠ ج٤. و الخيار بكسر الخاء اسم من الاختيار أو التخيير و هو طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه انتهى و فى الهندية ص٣٨ ج٣. وشرط الخيار موضوع للفسخ لا للاجازة عندنا فاذا فات الفسخ بمضى وقته تم العقد هكذا في السراج الوهاج و في البحر الرائق ص٣ ج٦. و خيار الشرط ثابت بالنص على غير القياس و حين ورد النص به جعلناه داخلا على الحكم مانعا له تقليلا لعمله بقدر الامكان و لم نجعله داخلا على أصل البيع للنهى عن بيع بشرط و البيع الذى شرط فيه الخيار يقال فيه علة اسما و معنى لا حكما و للخالى عنه علة اسما و معنى و حكما قال أهل الأصول الموانع خمسة مانع يمنع انعقاد العلة و هو حرية المبيع فلم ينعقد فى الحر لعدم المحل و مانع يمنع تمامها كبيع مال الغير و مانع يمنع ابتداء الحكم و هو خيار الشرط و مانع يمنع تمامه كخيار الرؤية للمشتري و مانع يمنع لزومه كخيار العيب و قد حققنا فى شرحنا على المنار أن تقسيمهم الموانع مبنى على قول ضعيف للاصوليين و هو جواز تخصيص العلل و أما على الصحيح من أنه لا يجوز تخصيصها فلا مانع لها أصلا ففى كل موضع عدم الحكم فانما هو لعدم العلة فتخلف الملك مع شرط الخيار انما هو لعدم العلة لأنها البيع بلاخيار و قولهم فيما فيه خيار علة اسما و معنى لا حكما مجاز على الصحيح لأن الموجود فيه شطر العلة لا كلها لأنها لا تتم إلا بأوصاف ثلاثة أن تكون موضوعة و أن تكون مؤثرة و أن يوجد الحكم عقبها بلا تراخ فما دام الخيار باقيا لم تتم العلة فاذا سقط تمت و تمامه فى تقرير الأكمل في بحث تقسيم العلل الى سبعة انتهى.

خيار الشرط جائز في البيع للبائع و المشتري.

على غيره ثم قدم خيار الشرط لأنه يمنع ابتداء الحكم على خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم. و الخيار (١) في البيع على أربعة أنواع خيار الشرط و خيار الرؤية و خيار العيب و خيار التعيين كما إذا اشترى أحد الثوبين و هو بالخيار على أن يأخذ أيهما شاء و سيجيء في هذا الباب إن شاء الله تعالى قوله خيار الشرط أي خيار يثبت بالشرط إذ لو لا الشرط لما ثبت الخيار بخلاف خيار الرؤية و العيب فإنهما يثبتان من غير شرط و هذه الإضافة من باب إضافة الحكم إلى سببه كصلاة الظهر و كان (٢) من حقه أن لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار و لكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فظهر عمله في منع الحكم دون السبب تقليلاً لعمله بقدر الإمكان. و شرط (٣) الخيار جائز باجماع العلماء و الفقهاء و لكن اختلفوا في المدة و يجوز للبائع أو المشتري أو لهما معاً أو لغيرهما و في غيرهما اختلاف يجيء إن شاء الله تعالى. و قال سفيان الثوري و ابن شبرمة رحمهما الله تعالى يجوز للمشتري لا للبائع لأنه ثبت بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص و هو المشتري قلنا النص هو قوله عليه الصلاة و السلام إذا بايعت يتناول البائع و المشتري فيجوز لهما و كان بالناس حاجة اليه ليدفع الغبن بالتروي و فيه يستوي البائع و المشتري (خيار (٤) الشرط جائز في البيع للبائع و المشتري

(١)و الخيار فى البيع الخ. و فى البحر ص٣ ج٦. و الخيارات فى البيع ثلاثة عشر خيارا الأول خيار الشرط و الثاني خيار الرؤية و الثالث خيار العيب و الرابع خيار الغبن و الخامس خيار الكمية و السادس خيار الاستحقاق و السابع خيار كشف الحال و الثامن خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض و التاسع خيار اجازة عقد الفضولى و العاشر خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد كاشتراطه الكتابة و الحادي عشر خيار التعيين و الثاني عشر خيار الخيانة و الثالث عشر خيار نقد الثمن و عدمه انتهى ملخصا بتغيرما. (٢)و كان من حقه الخ. نحوه فى العناية ص٤٩٨ ج٥. (٣)و شرط الخيار الخ. قال ابن رشدؒ فى بداية المجتهد ص١٢٦ ج٢. و أما جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثورى و ابن شبرمة و طائفة من أهل الظاهر رحمهم الله تعالى كذا فى اعلاء السنن ص٤٤ ج١٤.و فى أوجز المسالك ص١٢٩ ج٥. و الجملة أن الجمهور منهم الأئمة الاربعة رحمهم الله تعالى على جواز خيار الشرط فى البيع حتى حكى بعضهم الاجماع على ذلك ففى الشرح الكبير لابن قدامةؒ لا نعلم خلافا فى ثبوت خيار الشرط فى البيع الذي لا يشترط فيه القبض فى المجلس الخ. (٤)خيار الشرط الخ. أقول يصح خيار الشرط في ستة عشر موضعا و لا يصح فى تسعة مواضع و نظم القسمين خاتمة المحققين و عمدة المدققين العلامة ابن عابدينؒ فى منحة الخالق على البحر الرائق ص٥ ج٦.

يصح خيار الشرط فى ترك شفعة و بيع و ابراء و وقف كفاله
و فى قسمة خلع و عتق اقاله و صلح عن الاموال ثم الحواله
مكاتبة رهن كذاك اجاره و زيد مساقاة مزارعة له
و ما صح فى صرف نكاح الية و فى سلم نذر طلاق وكاله
كذلك اقرار و زيد وصيه كما مر بحثا فاغتنم ذى المقاله

و لهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها. و الأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضى الله تعالى عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي ﷺ إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام

و لهما الخيار ثلاثة أيام) قال الاترازي و قوله ثلاثة أيام يروى بالنصب على انه ظرف أي في ثلاثة أيام و بالرفع على انه خبر أو خبر مبتدأ محذوف أي هو ثلاثة أيام. قلت في قوله خبر بعد خبر تأمل لا يخفي و الأولى أن يكون خبر مبتدأ محذوف تقديره مدة الخيار ثلاثة أيام (فما دونها) أي فما دون ثلاثة أيام لانه اذا جاز في ثلاثة أيام ففيما دونها بطريق الأولى (و الأصل فيه) أي في جواز شرط الخيار (ما روى ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضى الله تعالى عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة و السلام إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام). هذا الحديث رواه (١) الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال كان حبان بن منقذ رضى الله تعالى عنه رجلا ضعيفاً وكان قد سفع في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثة أيام فيما اشتراه و كان قد ثقل لسانه فقال له رسول الله ﷺ بع و قل لا خلابة فكنت اسعمه يقول لا خلابة لا خلابة وكان يشتري الشيء و يجيء به إلى أهله فيقولون له ان هذا غال فيقول ان رسول الله ﷺ قد خيرني في بيعي و سكت عنه الحاكم. و كذلك رواه الشافعي رحمه الله تعالى أخبرنا سفيان عن محمد بن اسحاق به و من طريق الشافعي رحمه الله تعالى رواه البيهقي في المعرفة و رواه (٢) البخاري في تاريخه الأوسط فقال حدثنا عياش بن الوليد حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى عن ابن اسحاق حدثني محمد بن يحى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو رضى الله تعالى عنه اصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه و نازعت عقله و كان لا يدع التجارة و لا يزال يغبن فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال إذا بعت فقل لا خلابة و أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال. و عاش مائة و ثلاثين سنة و كان في زمن عثمان رضى الله تعالى عنه يبتاع في السوق فيصير إلى أهله فيلومونه فيرده و يقول ان النبي ﷺ جعلني بالخيار ثلاثاً فيمر الرجل من أصحاب رسول الله ﷺ فيقول صدق انتهى ذكره في ترجمة منقذ رضى الله تعالى عنه فإن قلت دل حديث الحاكم على ان القضية لحبان بن منقذ رضى الله تعالى عنه و حديث البخاري في تاريخه دل على انه لمنقذ بن عمرو و الد حبان رضى الله تعالى عنهما

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك الخ كذا في نصب الراية ص٦ ج٤. (٢) رواه البخاري الخ كذا في نصب الراية ص٧ ج٤.

و لا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى

قلت روى (١) الترمذيّ حدثنا يوسف بن حماد البصرى حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة عن أنس رضى الله تعالى عنه ان رجلا كان في عقدته ضعف و كان يبايع و ان أهله أتوا النبى ﷺ فقالوا يا رسول الله احجر عليه فدعاه رسول الله ﷺ فنهاه فقال يا رسول الله اني لا أصبر عن البيع. فقال اذا بايعت فقل هاء و هاء و لا خلابة ثم قال و حديث انس رضى الله تعالى عنه حديث حسن صحيح غريب و رواه بقية أصحاب السنن و قال شيخنا في شرحه للترمذيّ الرجل المبهم في هذا الحديث اختلف فيه هل هو حبان بن منقذ رضى الله تعالى عنه أو والده منقذ بن عمرو رضى الله تعالى عنه فصحح ابن العربيّ انه منقذ بن عمرو رضى الله تعالى عنه و رجح النوويّ انه حبان بن منقذ رضى الله تعالى عنه قوله هاء روى بالمد و القصر و معناه الأخذ و العطاء كقوله في حديث الربا إلا هاء وهاء و الخلابة بكسر الخاء المعجمة و بالباء الموحدة و هي الخديعة و روى و لا خلانة بالنون مكان الموحدة و هو تصحيف و حبان (٢) بفتح الحاء المهملة و تشديد الباء الموحدة ابن منقذ بضم الميم و سكون النون و كسر القاف و بالذال المعجمة ابن عمرو و من ولده يحي و واسع و أمه هند بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف كذا ذكره ابن شاهينّ في كتاب المعجم و قال ابن ماكولاّ و منقذ بن عمرو المازني الانصاري له صحبة و هو جد محمد بن يحي بن حبانّ (و لا يجوز أكثر منها) أي من ثلاثة أيام (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول (٣) زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى) و قال

(١)روى الترمذيّ في البيوع باب ما جآء فيمن يخدع في البيع ص ١٥٠ ج١ و ابو داودّ فيه باب في الرجل يقول عند البيع لا خلابة ص١٣٨ ج٢ و النسائيّ فيه الخديعة في البيع ص٢١٣ ج٢ و ابن ماجةّ في الأحكام باب الحجر على من يفسد ماله ص ١٧١ . (٢)حبان رضى الله تعالى عنه الخ. و في الاستيعاب المطبوع على هامش الاصابة ص٣٨٦ ج١. حبان بن منقذ بن عمرو الانصارى المازني من بني مازن بن النجار له صحبة كانت عنده أروى بنت ربيعة بن الحرث بن عبد المطلب و هي الهاشمية التي ذكرها مالك رحمه الله تعالى في المؤطا و هي ام يحي و واسع ابني حبان له و لأبيه صحبة ومات حبان رضى الله تعالى عنه في خلافة عثمان رضى الله تعالى عنه و في الاصابة ص٣٠٣ ج١. حبان بفتح أوله و تشديد الموحدة ابن منقذ بن عمرو بن عطية بن خنساء بن مبذول بن عمرو بن غنم بن مازن بن النجار الانصارى الخزرجي. (٣)و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى و في المغنى لابن قدامةالحنبليّ ص٩٧ ج٤. و يجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة قلت مدته أو كثرت و بذلك قال أبو يوسف و محمد و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و حكى ذلك عن الحسن بن صالح و العنبرى و ابن أبي ليلى و اسحاق و ابى ثور رحمهم الله تعالى و أجازه مالك رحمه الله تعالى فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة و قال أبوحنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز اكثر من ثلاث انتهى. و في الهندية ص٣٨ ج٣. و الصحيح قول الامامّ كذا في جواهر الأخلاطي.

و قالا يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انه أجاز الخيار إلى شهرين و لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن و قد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن

مالك رحمه الله تعالى (١) شرط الخيار على حسب ما تدعو اليه الحاجة و ذلك يختلف باختلاف الأموال. فإن (٢) كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة مثلا لم يجز ان يشترط الخيار فيه أكثر من يوم و إن كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز ان يشترط فيها أكثر من ثلاثة أيام. (و قالا) أي أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يجوز إذا سمى مدة معلومة) سواء كان شهراً أو سنة أو أكثر و لو شرط الخيار أبداً لا يجوز بالإجماع و بقولهما قال أحمد رحمه الله تعالى (لحديث (٣) ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه أجاز البيع إلى شهرين) هذا غريب (٤) جداً و العجب (٥) من الأكملّ انه قال و لهما حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبى ﷺ أجاز الخيار إلى شهرين و نفس اسناده إلى ابن عمر رضى الله تعالى عنهما لم يصح فكيف يرفع إلى النبى ﷺ. و قال الاترازيّ و قد رويّ أصحابنا في شروح الجامع الصغير ان ابن عمر رضى الله تعالى عنهما شرط الخيار شهرين كذا ذكر فخر الاسلامّ. و قال العتابيّ ان عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما باع بشرط الخيار شهراً و قال في المختلف روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه انه باع جارية و جعل للمشتري الخيار شهراً كل هذا لم يثبت و استدل الكاكيّ لهما بقوله عليه الصلاة و السلام المسلمون عند شروطهم (و لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى) أي التأمل و التفكر (ليندفع الغبن و قد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن) لأن التأجيل في الثمن يجوز في قليل المدة و كثيرها و ان كان يخالف مقتضي العقد لأجل الحاجة

(١) و قال مالك رحمه الله تعالى الخ. و في فتح البارى ص٤١٠ ج٤. و أنكر مالك رحمه الله تعالى التوقيت في خيار الشرط ثلاثة أيام بغير زيادة و ان كانت في الغالب يمكن الاختيار فيها لكن لكل شيء أمد بحسبه يتخير فيه فللدابة مثلا و الثوب يوم أو يومان و للجارية جمعة و للدار شهر و قال الاوزاعيّ يمتد الخيار شهرا أو اكثر بحسب الحاجة اليه. (٢) فان كان المبيع الخ. كذا في فتح القدير ص٤٩٩ ج٥. (٣) لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما الخ. و هذا دليل جزء الدعوى لأنها جوازه اكثر من ثلاثة أيام طالت المدة أو قصرت و حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما يفيد جواز اكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير كذا في فتح القدير ص٤٩٩ ج٥. (٤) هذا غريب جدا كذا في نصب الراية ص٨ ج٤ و في فتح القدير ص٥٠٠ ج٥ و أما ما استدلوا من حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث و الآثار. (٥) و العجب من الأكملّ انه قال في العناية ص٤٩٩ ج٥ الخ.

و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد و هو اللزوم و إنما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه و انتفت الزيادة إلا انه إذا أجاز في الثلث جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

فكذا ههنا (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (١) ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد و هو اللزوم و إنما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص) و هو حديث حبان بن منقذ رضى الله تعالى عنه المذكور (فيقتصر على المدة المذكورة فيه) أي في النص (و انتفت الزيادة) على ثلاثة أيام (إلا انه إذا أجاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) استثناء (٢) من قوله و لا يجوز أكثر منها و معناه لا يجوز أكثر منها لكن لو ذكر الأكثر منها و أجاز من له الخيار في الثلاث جاز. و يجوز

(١) و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. أقول و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن أنس رضى الله تعالى عنه أن رجلا اشترى من رجل بعيرا و اشترط الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله ﷺ البيع و قال الخيار ثلاثة أيام ذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ص ٢١ ج٣ و سكت عنه فهو حسن أو صحيح و هذا الحديث نص صريح في نفي الخيار فوق ثلاثة أيام و ما رواه الدار قطني في البيوع ص ٥٤ ج٣ من حديث طلحة بن يزيد بن ركانة أنه كلم عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه في البيوع قال ما أجد لكم شيئا أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ رضى الله تعالى عنه أنه كان ضرير البصر فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام إن رضى أخذ و إن سخط ترك و فيه ابن لهيعة (و هو حسن الحديث) و كذا هو رواية ابن ماجة (في الأحكام باب الحجر على من يفسد ماله ص ١٧١) و البخاري في تاريخه من طريق محمد بن يحي بن حبان قال كان جدى منقذ بن عمرو رضى الله تعالى عنه فذكر الحديث و فيه ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال كذا في التلخيص الحبير ص ٢١ ج٣ و سكت الحافظ عنه فهو صحيح أو حسن فقول عمر رضى الله تعالى عنه ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ رضى الله تعالى عنه صريح في نفي الخيار فوق ثلاثة أيام و قال العلامة العثماني في اعلاء السنن ص٤٦ ج١٤. و يؤيده ما رواه الدار قطني في سننه (في البيوع ص٥٦ ج٣) عن أحمد بن عبد الله بن ميسرة ثنا أبو علقمة الفروى ثنا نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال الخيار ثلاثة أيام و أجاب عنه ابن الجوزي في التحقيق بأن الدارقطني قد ضعف أحمد بن عبد الله بن ميسرة هذا "زيلعي" (ص١٧٣ ج٢) قلت قال الدار قطني كان يحدث من حفظه فيهم و ليس ممن يتعمد الكذب الخ من اللسان (ص١٩٥ ج١) و مثله يعتبر به و لا بأس به في المتابعات فالتقدير الشرعي إما أن يكون لمنع الزيادة و النقصان أو لمنع أحدهما و هذا التقدير ليس لمنع النقصان (اتفاقا) فاشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فعرفناه أنه لمنع الزيادة اذ لو لم تمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة و ما نص عليه صاحب الشرع من التقدير لا يجوز إخلاءه عن الفائدة ثم بسبب اشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر و بزيادة المدة يزداد الغرر و قد كان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلا و هو قياس يشده الأثر لأنه ﷺ نهى عن بيع الغرر إلا أنا تركنا القياس في مدة الثلاثة لورود الأثر فيه و جواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر كذا في المبسوط (ص٤٢ ج١٣) و فيه أيضا و القياس يأبى ذلك لأن شرط الخيار تعليق العقد و عقود المعاوضات لا تحتمل التعليق و يبقى مقتضى العقد و هو اللزوم و موجبه و هو الملك و لكنا نقول تركنا القياس للحديث و لحاجة الناس إلى ذلك (ص٤٠ ج١٣). (٢) استثناء الخ كذا في العناية.

خلافاً لزفر رحمه الله تعالى هو يقول انه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً و له أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزاً كما إذا با ع بالرقم و أعلمه في المجلس

أن يكون استثناء من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور و الأول أولى لقوله (خلافاً (١) لزفر رحمه الله تعالى) فتأمل (٢) (هو) اى زفر رحمه الله تعالى (يقول انه) أي ان العقد (انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً) كما إذا با ع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد و كما لو نكح امرئة و تحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة و كما لو اشترى عبداً بألف ورطل من خمر ثم اسقط رطل الخمر فانه لا يعود إلى الجواز لان البقاء على وقف الثبوت (و له) أي و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (انه) أي ان من له الخيار (اسقط المفسد) و هو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقرره) أي لزومه و ثبوته بمضى ثلاثة أيام. (فيعود جائزاً) اعلم ان (٣) مشايخنا رحمهم الله تعالى اختلفوا فى حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فذهب العراقيون إلى انه ينعقد فاسداً ثم ينقلب صحيحاً بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع و ذهب أهل خراسان و اليه مال شمس الأئمة السرخسيّ إلى انه موقوف فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقول المصنفّ انه اسقط المفسد قبل تقرره تعليل على الرواية الأولى و ذكر النظير لهذا بقوله (كما إذا با ع بالرقم و اعلمه في المجلس) الرقم (٤) في الأصل الكتابة و الختم و في المغرب (٥) التاجر يرقم الثياب أي يعلمها بأن ثمنها كذا و كذا و المقصود ههنا ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب و لا يعلم المشترى ذلك.

(١)خلافا لزفرّ و به قال الشافعي رحمه الله تعالى كذا فى فتح القدير ص٥٠٠ ج٥. و فى شرح المهذب للنووى الشافعيّ ص١٩٠ ج٩. قال أصحابنا رحمهم الله تعالى فان زاد على الثلاثة أيام و لو لحظة بطل البيع. (٢)فتأمل. أقول يعني أن ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ما هو رأيهم في تفريع الخلاف كذا فى السعدية. (٣)اعلم أن مشايخنا رحمهم الله تعالى الخ كذا فى العناية ص٥٠١ ج٥. و فى الهندية ص٣٩ ج٣. و اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى حكم هذا العقد فى الابتداء على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فمنهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحا بالاسقاط قبل اليوم الرابع و هو مذهب أهل العراقّ كذا فى النهاية قيل و هو ظاهر الرواية كذا فى النهر الفائق و الأوجه أنه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن و هو مذهب أهل خراسان رحمهم الله تعالى كذا فى النهاية و اختاره الامام السرخسيّ و فخر الاسلام و غيرهما من مشايخ ما رواء النهر رحمهم الله تعالى كما فى الفوائد الظهيرية و الذخيرة كذا فى البحر الرائق (ص٩ ج٦). (٤)الرقم الخ و فى لسان العرب ص٢٤٩ ج١٢. الرقم: الكتابة و الختم و التاجر يرقم ثوبه بسمته و رقم الثوب كتابه و هو فى الأصل مصدر. يقال رقمت الثوب (من باب نصر) و رقمته (من باب تفعيل) ترقيما مثله و فى الحديث كان يزيد فى الرقم أي ما يكتب على الثياب من أثمانها لتقع المرابحة أو يغتر به المشرى ثم استعمله المحدثون فيمن يكذب و يزيد فى حديثه اه ملخصا. (٥)المغرب ص٣٤٣ ج١.

و لأن الفساد باعتماد اليوم الرابع فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد و لهذا قيل إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع و قيل ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط و هذا على الوجه الأول و لو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز و إلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى

فإن قال بعتك هذا الثوب برقمه و قبل المشترى من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسداً فإن علم المشترى قدر الرقم في المجلس و قبله انقلب جائزاً بالإتفاق (و لأن الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليل على الرواية الثانية و تقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد و إنما المفسد اتصال اليوم الرابع بالأيام الثلاثة (فاذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد) فكان صحيحاً (و لهذا قيل) متصل بقوله و لان الفساد و هذا على مذهب الخراسانيين و هو (ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع) على ما تقرر آنفاً. (و قيل ينعقد فاسداً) هذا على مذهب العراقيين (ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط) على ما مر أيضاً (و هذا) أي القول بانعقاده فاسداً ثم ارتفا ع الفساد بحذف الشرط إنما يستقيم (على الوجه الاول) أي التعليل الاول و هو قوله اسقط المفسد إلى آخره و أما على التعليل الثاني و هو قوله لان الفساد إلى آخره فلا يستقيم لانه لم ينعقد فاسداً فلا يمكن ارتفا ع الفساد بحذف الشرط و الجواب (١) عما قاس عليه زفرؒ من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد و هو البدل فلم يمكن دفعه و في مسألتنا في شرطه فأمكن (و لو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز) و يسمى هذا خيار النقد و القياس يأبى جوازه و به (٢) أخذ زفر و الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى لأنه شرط لا يقتضيه العقد على ما يجيء. (و إلى أربعة أيام) يعني لو قال ان لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بيننا (لا يجوز عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) قال الأترازيؒ (٣) ذكر المصنفؒ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله تعالى

---

(١) و الجواب الخ كذا في العناية ص ٥٠١ ج٥. أقول و كذلك الفساد في البيع بالرقم في صلب العقد لجهالة الثمن فلا بد من الفرق كذا في السعدية. و في البحر الرائق ص٩ ج٦ و في الاسبيجابي الأصل عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى أن الفساد على ضربين فساد قوى دخل في صلب العقد و هو البدل أو المبدل و فساد ضعيف لم يدخل في صلب العقد و انما دخل في شرط مستعار زائد على العقد فالأول لا ينقلب الى الجواز برفع المفسد كما اذا با ع بألف درهم و رطل من خمر ثم حط عن المشترى الخمر لا ينقلب الي الجواز و أما الفساد الضعيف فينقلب الى الجواز برفع المفسد كمسئلة الكتاب اه بزيادة ما. (٢) و به أخذ زفرؒ الخ كذا في فتح القدير ص٥٠٣ ج٥. (٣) قال الأترازيؒ الخ و في البحر ص١٠ ج٦. و ما ذكره من أن أبا يوسف رحمه الله تعالى مع الامامؒ قوله الأول و قد رجع عنه و الذى رجع اليه أنه مع محمد رحمه الله تعالى كذا في غاية البيان و في شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى و كثير من المشايخ رحمهم الله تعالى لم يرجحوا عنه شيئا و حكموا على قوله بالاضطراب.

و قال محمد رحمه الله تعالى يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعاً و الاصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الإنفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة فى الفسخ فيكون ملحقاً به و قد مر أبو حنيفة رحمه الله تعالى على أصله فى الملحق به و نفى الزيادة على الثلاث و كذا محمد رحمه الله تعالى

كما ترى و كذلك ذكر الشهيد أيضاً فى شرح الجامع الصغير و لم يذكر محمد خلاف أبي يوسف رحمهما الله تعالى فى أصل الجامع الصغير و هذا الذي ذكره قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول و روى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف رحمهما الله تعالى أنه رجع عن هذا القول و قال يجوز البيع كما هو قول محمد رحمه الله تعالى كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير. و لهذا المعنى قال صاحب المنظومة: و اضطرب الأوسط فيه فأعقل (و قال محمد رحمه الله تعالى يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر) كما يجوز شرط الخيار أربعة أيام أو أكثر (فان نقد) أي المشترى الثمن (فى الثلاث) أي في ثلاثة أيام في المسألة المذكورة (جاز فى قولهم جميعاً) أي في قول أبى حنيفة و أبى يوسف و محمد رحمهم الله تعالى (و الأصل فيه) أي فى الشراء (ان هذا) أي الشراء بهذا الشرط (في معنى اشتراط الخيار) لأن معنى الخيار نقد الثمن على تقدير اجازة البيع و عدم نقده على تقدير فسخ البيع فكذا ههنا إن شاء نقد الثمن فتم البيع و إن شاء لم ينقد فانفسخ البيع. (إذ الحاجة مست إلى الإنفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة) أي عن المدافعة (فى الفسخ) و هذا تعليل لقوله اذ الحاجة مست إلى الإنفساخ عند عدم النقد كأنه ذكر هذا جواباً لسؤال يرد عليه بأن يقال لا نسلم أن الحاجة ماسة إلى الإنفساخ لأن الحاجة تندفع بالشراء بشرط الخيار لأنه إذا اشترى بالخيار إن شاء أجاز و إن شاء فسخ و لا حاجة إلى تصحيح هذا العقد بلا حاجة فقال فى جوابه إن الفسخ يكون بالشراء لشرط الخيار لكن ليس لمن له الخيار أن يفسخ بغير حضرة صاحبه عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى فتحصل المماطلة حينئذ فى الفسخ فاذا كان كذلك (فيكون ملحقاً به) أي بخيار الشرط. (و قد مر أبو حنيفة رحمه الله تعالى على أصله فى الملحق به) و هو شرط الخيار (و نفى الزيادة على الثلاث) فكذا فى الملحق و هو خيار النقد و الحاصل أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى مشى على أصله فى شرط الخيار حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام فكذا ما هو في معناه إلا إذا نقد الثمن في الثلاث فكان البيع جائزا لانقطاع المفسد (و كذا محمد رحمه الله تعالى) أي و كذا مر محمد رحمه الله تعالى على أصله

في تجويز الزيادة و أبو يوسف رحمه الله تعالى أخذ في الأصل بالاثر و في هذا القياس و في هذه المسألة قياس آخر و اليه مال زفرؒ و هو انه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط و اشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد أولى و وجه الإستحسان ما بينا.

(في تجويز الزيادة) في الأصل و الملحق به لأن عنده يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت المدة معلومة فكذا ما كان في معناه. (و أبو يوسف رحمه الله تعالى أخذ في الأصل بالأثر) أي أخذ في ثلاثة أيام في قوله ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا بالأثر أي بما روي عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما نقله الفقيه أبو الليثؒ في شرح الجامع الصغير عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى بن البرصاء قال بعت من عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما جارية على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيننا فأجاز ابن عمر رضى الله تعالى عنهما هذا البيع و لم يرو عن أحد من نظرائه خلافه. (و في هذا بالقياس) أي أخذ في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقد بالقياس يعني النص مقيد بالثلاث في خيار النقد و ما ورد النص في خيار النقد في الزيادة و قال الأترازيؒ أبو يوسف رحمه الله تعالى مر على أصله أيضا على قوله المرجوع اليه لكنه فرق هو بين هذا و بين شرط الخيار على قوله الأول حيث جوز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار و لم يجوز هاهنا لأنه اتبع أثر ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و هو الذي ذكرناه و لم يتجاوز حد الأثر فيما زاد على ذلك أخذ بالقياس لان القياس لا يصحح هذا البيع أصلاً (و في هذه المسألة) المذكورة (قياس آخر و اليه) أي و الى هذا القياس (مال زفرؒ و هو) أي هذا القياس (أنه بيع شرط فيه) أي في البيع (اقالة فاسدة لتعلقها) أي لتعلق الإقالة (بالشرط) و هو عدم النقد (و اشتراط الصحيح منها) أي من الإقالة بأن قال بعتك هذا بشرط أن تقيل البيع (فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد) و هو تعليق البيع بالإقالة المعلقة بالشرط (أولى) بأن يفسد البيع.

(و وجه الإستحسان ما بينا) يعني أن هذا البيع لا يجوز الى ثلاثة أيام أيضا قياساً كما قال زفرؒ و لكنا جوزناه استحساناً و وجهه ما بينا و هو أن الحاجة مست الى الإنفساخ عند عدم النقد كذا قاله الأترازيؒ و قال (١) الاكملؒ وجه الإستحسان أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الإنفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ و اذا كان في معناه كان ملحقاً به ورد بانا لا نسلم أنه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد و هاهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد و أجيب بأن النظر في الإلحاق انما هو الى المعنى المناط

---

(١) قال الأكملؒ في العناية ص ٥٠٢ ج٥.

قال و خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة و لا تتم مع الخيار

للحكم و هو الحاجة و هي موجودة فيها و أما الزائد على ذلك فلا معتبر به. و قال (١) القاضى الامام ظهير الدين رحمه الله تعالى في فوائده هاهنا مسألة لا بد من حفظها و هي أنه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام يفسد البيع و لا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري و هو في يده نفذ عتقه و ان كان في يد البائع لا ينفذ ثم لو كان هذا الشرط للبائع بأن اشترى رجل عبداً و نقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط و يصير بمنزلة خيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضموناً عليه بالقيمه و لو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه و لو أعتقه البائع ينفذ. و لو قال البائع خذه و انظر اليه اليوم فان رضيته أخذته بعشرة فهو خيار باع على أنه بالخيار و على أن له أن يستغله و يستخدمه جاز و هو على خياره و على أن يأكل من ثمره لا يجوز لأن الثمر له حصة من الثمن (قال) أي القدوري (و خيار (٢) البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب) أي العلة (بالمراضاة) لكون (٣) الرضاء داخلاً في حقيقته الشرعية. (و لا تتم) أي المراضاة (مع الخيار) لان البيع (٤) به يصير علة اسماً و معنى لا حكماً فمنع ابتداء الحكم

---

(١)قال القاضى الامام الخ. كذا فى الكفاية ص٥٠٣ ج٥ و فى السعدية و لا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد و لتصريح الشارحين أنه ينفسخ العقد عند عدم النقد إلا أن يثبت فى المسئلة روايتان. (٢)و خيار البائع الخ. و فى الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى الحنبلى ص٧٠ ج٤. ينتقل الملك فى بيع الخيار بنفس العقد فى ظاهر المذهب و لا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أيهما كان و هو أحد أقوال الشافعي رحمه الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى أن الملك لا ينتقل حتى ينقضى الخيار و هو قول مالك رحمه الله تعالى و القول الثاني للشافعي رحمه الله تعالى و به قال أبوحنيفة رحمه الله تعالى اذا كان الخيار لهما أو للبائع و ان كان للمشترى خرج عن ملك البائع و لم يدخل فى ملك المشترى و للشافعي رحمه الله تعالى قول ثالث أن الملك موقوف فان أمضيا تبينا أن الملك للمشترى و إلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع اهـ ملخصا. و قال النووى الشافعي فى شرح المهذب ص٢١٤ ج٩ بعد ذكر الأقوال الثلاثة المذكورة للامام الشافعي رحمه الله تعالى و اختلف أصحابنا رحمهم الله تعالى في الأصح من هذه الأقوال فصححت طائفة القول بأن المشترى يملك بنفس العقد منهم الشيخ أبو حامد و الماوردى و القاضى أبو الطيب و امام الحرمين و غيرهم رحمهم الله تعالى و به قطع المحاملى فى المقنع و سليم الرازي فى الكفاية و الجرجانى فى التحرير و هو مذهب أحمد رحمه الله تعالى و صححت طائفة قول الوقف و ممن صححه البغوى و صححت طائفة التفصيل فقالوا ان كان الخيار للبائع فالأصح أن الملك له و ان كان الخيار للمشترى وحده فالأصح أن الملك له و ان كان لهما فالأصح أنه موقوف و ممن صحح هذا التفصيل القفال حكاه عنه الرويانى فى البحر و أشار إلى موافقته و صححه أيضا الرافعى فى كتابيه الشرح و المحرر و قطع به الرويانى فى الحلية و الله اعلم. (٣)لكون الرضاء الخ. أقول فيه بحث فان بيع المكره بيع يترتب عليه أحكامه و لا رضاه كذا فى السعدية. (٤)لأن البيع الخ. أقول تأمل فى صحة هذا التعليل كذا فى السعدية.

و لهذا ينفذ عتقه و لا يملك المشترى التصرف فيه و إن قبضه بإذن البائع فلو قبضه المشترى و هلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفاً و لا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضاً في يده على سوم الشراء و فيه القيمة و لو هلك في يد البائع انفسخ البيع و لا شيء على المشتري اعتباراً بالصحيح المطلق. قال و خيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع

و هو الملك فيبقى على ملك صاحبه (و لهذا) أي و لأجل كونه على ملك صاحبه (ينفذ عتقه) أي عتق البائع (و لا يملك المشتري التصرف فيه و إن قبضه بإذن البائع) لأجل خيار البائع (فلو قبضه المشتري و هلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) و به قال مالك (١) و الشافعي رحمهما الله تعالى في الوجه المشهور. و في وجه ضمنه بالثمن و هو قياس قول احمد رحمه الله تعالى و قال (٢) ابن أبي ليلىؒ لا يضمنه لأنه قبضه بإذن المالك فيكون أميناً فلا ضمان عليه (لأن البيع ينفسخ بالهلاك) و المنفسخ به مضمون بالقيمة و ذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الإجازة و هو معنى قوله (لأنه كان موقوفاً) أي في حق الحكم (و لا نفاذ بدون المحل) كأنه جواب سؤال مقدر كأنه قيل لم صار موقوفاً فأجاب أنه لا نفاذ للحكم بدون المحل لأنه فات بالهلاك فإذا كان كذلك (فبقى مقبوضاً في يده على سوم الشراء) أي على طلب الشراء (و فيه) و في المقبوض على سوم الشراء يجب (القيمة) لأنه مقبوض بالعقد هذا إذا لم يكن مثلياً و إن كان مثلياً يجب المثل كذا في شرح الأقطع و غيره و قال الكاكيؒ و في التتميمة أن المقبوض على سوم المشتري إنما يكون مقبوضاً إذا كان الثمن مسمى حتى أنه إذا (٣) قال اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن. و لو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته و عليه (٤) الفتوى (و لو هلك في يد البائع انفسخ البيع و لا شيء على المشترى اعتبارا بالصحيح) أي بالبيع الصحيح (المطلق) أي المطلق عن الخيار و هو البيع البات فان المبيع فيه لو هلك في يد البائع ينفسخ البيع فكذا هذا و إنما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملاً لحال المسلم على الصلاح إذ الصحيح أليق به دون الفاسد (قال) أي القدوريؒ (و خيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) و هذا بالإتفاق

---

(١) و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير ص ٥٠٤ ج٥. (٢) قال ابن ابي ليلىؒ الخ كذا في المبسوط للسرخسيؒ ص ٤٦ ج ١٣. (٣) إذا قال الخ. كذا في الهندية ص ١١ ج٣ معزيا الى المحيط. (٤) و عليه الفتوى كذا في الهندية ص ١١ ج٣ معزيا الى التتارخانية.

لان البيع فى جانب الآخر لازم و هذا لان الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظراً له دون الآخر. قال الا ان المشتري لا يملكه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا إلى مالك و لا عهد لنا به فى الشرع و لابى حنيفة رحمه الله تعالى انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان فى ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة

(لأن البيع (١) فى جانب الآخر لازم) و الآخر هو البائع و معنى لازم ثابت لتمام الرضى منه حتى لا يتمكن البائع من الفسخ (و هذا أي عدم منع خروج المبيع عن ملك البائع عند خيار المشترى (لان الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرا له) أي لأن الخيار شرع رحمة لمن له الخيار (دون الآخر) يعني أن الخيار مانع للحكم فى جانب من له الخيار لا فى جانب من ليس له الخيار. (قال) أي القدوري (إلا (٢) أن المشترى لا يملكه) أي لا يملك المبيع (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يملكه) و به (٣) قال الشافعي رحمه الله تعالى فى قول و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (لانه) أي لان المبيع (لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشترى يكون زائلاً لا إلى مالك و لا عهد (٤) لنا به فى الشرع) أي غير معهود في شريعتنا أن يكون الشيء مملوكا و لا مالك له فصار كالسائبة (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه) أي أن الشأن (لما لم يخرج الثمن عن ملكه) أي عن ملك المشترى (فلو قلنا بأنه يدخل المبيع فى ملكه) أي في ملك المشترى (لاجتمع البدلان) أي الثمن و المثمن (في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة) يعني من حيث حكم المعاوضة و احترز (٥) به عن الضمان فى غصب المدبر فان المدبر المغصوب

---

(١)لأن البيع الخ. تعليل لمحذوف و هو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لأن البيع فى جانبه لازم بات فقد تم السبب فى حقه و انتفي ما يمنعه من عمله اذ كان خيار المشترى لا يمنعه فيخرج كذا فى فتح القدير ص ٥٠٥ ج٥.
(٢)إلا. بمعنى لكن و هو استدراك لأمر متبادر عند قوله بخروج البيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشترى و هو المقدر الذى كرناه فانه يتبادر بحكم العادة أنه اذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل فى ملك المشترى كذا فى فتح القدير. (٣)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى فتح القدير. (٤)و لا عهد لنا به فى الشرع يعنى فى باب التجارة و المعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولى أمر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة و الضيعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فانه لا يدخل فى ملك المشترى لأن ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الأوقاف و حكم الأوقاف ذلك و كذلك لا ترد التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت و لا تدخل فى ملك الورثة و لا الغرماء للقيد المذكور كذا فى فتح القدير ص٥٠٥ ج٥. (٥)و احترز به الخ. كذا فى الكفاية ص٥٠٥ ج٥. و نحوه فى العناية و الفتح.

و لا أصل له فى الشرع لان المعاوضة تقتضى المساواة و لان الخيار شرع نظراً للمشترى ليتروى فيقف على المصلحة و لو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير (١) اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر قال فإن هلك في يده هلك بالثمن

اذا أبق من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب و لا يخرج المدبر عن ملك المولى فقد اجتمع البدلان و هو المدبر و بدله و هو الضمان فى ملك المولى قلنا ذلك ضمان جناية لا ضمان معاوضة و ليس كلامنا فى ضمان الجناية فان قلت المسلم إليه يملك رأس المال و المسلم فيه فى ملكه قلت المسلم فيه ملك رب السلم في ذمة المسلم إليه لان له حكم الثمن فى ذمة المشترى فلا يجتمع البدلان فان قلت يرد عليكم إجتماع الاجرة و المنافع في ملك المؤجر إذا شرط تعجيل الأجرة قلت لا نسلم الإجتماع لان المنافع معدومة فكيف يكون الاجتماع فاذا حدثت ملكها المستأجر و لا اجتماع إذن. (و لا أصل له في الشرع) أي لا أصل لاجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة فى الشرع (لأن المعاوضة تقتضي المساواة) و هي أن يدخل المبيع فى ملك المشترى و الثمن فى ملك البائع (و لان (٢) الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى) أي ليتأمل و يتفكر (فيقف على المصلحة و لو ثبت الملك) أي ملك المشترى في المبيع (ربما يعتق عليه بغير اختياره بأن كان) أي المبيع (قريبه) فيعتق عليه من غير اختياره (فيفوت النظر) لان الامر يتردد على موضوعه بالنقض. و اما الجواب عن قوله لا نظير له فى الشرع قلنا يبطل ذلك بما اذا اشترى متولى الكعبة عبدا لسدانتها حيث يزول عن ملك البائع و لا يدخل في ملك المشترى و يبطل أيضاً بالتركة المستغرقة بالدين لأن (٣) التركة خرجت عن ملك الميت و لا تدخل في ملك الورثة فإن (٤) قيل لو لم يثبت الملك للمشتري ينبغي أن لا يكون له حق الشفعة به كما لا يستحق الشفعة بدار السكنى و كان له حق الشفعة بالإجماع قلنا إنما يستحق الشفعة لأنه بشرائها صار أحق بها تصرفاً لا لأنه ملكها بمنزلة العبد المأذون إذا بيعت دار بجنبه فإنه يستحق الشفعة بهذا المعنى و إن لم يثبت له الملك و لهذا لو أعتقه المشتري ينفذ عتقه لأنه صار أحق بالتصرف فيه و اقدامه على الإعتاق اسقاط الخيار منه كذا في المبسوط. (قال) أي القدوري (فان هلك في يده) أي فان هلك المبيع في يد (٥) المشتري (هلك بالثمن) سواء هلك في مدة

---

(١)من غير –ن– بغير. (٢)و لأن الخيار الخ. هذا ترجيح لقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما فى العناية ص٥٠٥ ج٥. (٣)لأن التركة خرجت الخ. فيه نظر لأن التركة مبقاة فى حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه و قضاء الدين منها فلا يزول ملكه كذا فى الكفاية ص٥٠٦ ج٥. (٤)فان قيل الخ. كذا فى فتح القدير ص٥٠٥ ج٥. (٥)فى يد المشترى فيما اذا كان الخيار له.

و كذا إذا دخله عيب بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع و وجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد و الهلاك و لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك و العقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكماً لخيار البائع فيهلك و العقد موقوف

الخيار أو بعدها فعليه الثمن في الوجهين كذا قال فخر الإسلامّ في شرح الجامع. و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول يهلك بالقيمة كخيار البائع و نقل الاترازيّ عن المختلف ان عند الشافعي رحمه الله تعالى يجب عليه القيمة إذا هلك في المدة (و كذا إذا دخله (١) عيب) أي و كذلك يجب الثمن إذا دخل المبيع عيب في مدة الخيار فتعذر رده يلزمه الثمن لانبرام العقد. و قال الكرخيّ في مختصره و إذا قبض المشتري المبيع فدخله في يده عيب ينقص القيمة من فعل المشتري أو غير فعله تم البيع و يلزمه الثمن. و في الإيضاح إذا كان الخيار للمشتري فحدث في ملكه عيب يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره إذا زال المرض ارتفع النقص فصار كأن لم يكن و ليس له ان يفسخ الا أن يرتفع في الثلاث فإذا مضت الثلاث و العيب قائم لزم العقد لتعذر الرد (بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع) يعني إذا كان الخيار للبائع و هلك المبيع في يد المشتري في مدة الخيار يجب القيمة. (و وجه الفرق) يعني بين ما إذا كان الخيار للمشتري و هلك في يده حيث يجب (٢) الثمن و بين ما إذا كان الخيار للبائع و هلك في يد المشتري في مدة الخيار حيث يجب القيمة (انه) أي ان المبيع (إذا دخله عيب) في يد المشتري و الخيار له (يمتنع الرد و الهلاك و لا يعرى عن مقدمة عيب) لأنه بناء على سبب مفض اليه. بيانه ان الهلاك لا يعرى عن عيب يسبق الهلاك و ذلك بسبب عيب فيكون المبيع معيباً حين أشرف على الهلاك فبالعيب امتنع رده (فيهلك و العقد قد انبرم) أي و الحال ان العقد قد تم و لزم و لفظ (٣) انبرم مطاوع ابرم الأمر إبراماً إذا احكمه فإذا كان كذلك (فيلزمه الثمن) أي فيلزم المشترى الثمن الذي وقع عليه العقد (بخلاف ما تقدم) و هو ما إذا كان الخيار للبائع فهلك في يد المشتري. (لأن بدخول العيب) قبل الهلاك (لا يمتنع الرد حكماً) أي من حيث الحكم (لخيار البائع) أي لأجل خياره فلما لم يمتنع الرد لم يكن العقد منبرماً (فيهلك و العقد موقوف) حينئذ فيلزمه القيمة لأنه ليس بأدنى

---

(١)اذا دخله عيب الخ. أطلقه فشمل ما اذا عيبه المشترى أو أجنبى أو تعيب بآفة سماوية أو بفعل المبيع كما فى النهاية كذا فى البحر ص٢٢ ج٦. (٢)يجب الثمن. و فى البحر ص١٥ ٦. و الفرق بين الثمن و القيمة أن الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة أو نقص و القيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة و لا نقصان. (٣)لفظ انبرم الخ. و فى المنجد برم ـ برما (بفتح الباء و سكون الراء) و برم (باب تفعيل) و أبرم (باب افعال) فانبرم (باب انفعال) الأمر: أحكمه اه ملخصا.

قال و من اشترى إمرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح لأنه لم يملكها لما له من الخيار و إن وطئها له أن يردها لأن الوطء بحكم النكاح إلا إذا كانت بكراً لأن الوطء ينقصها

حالا من المقبوض على سوم الشرط و لم يلزمه الثمن لعدم انبرام العقد. و قال الكاكي ثم هذا في عيب لا يرتفع في مدة الخيار كقطع اليد و أما لو كان عيبا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خيار اذا زال في المدة فله الفسخ بعد ارتفاعه و لو لم يرتفع بعد مضى المدة لزم العقد لتعذر الرد كذا في الإيضاح. و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان إلا في خصلة و هي ان النقصان إذاحصل في يد المشتري بفعل البائع فلا يبطل خياره إن شاء رده و إن شاء أجاز البيع و أخذ من البائع الأرش و الزيادة (١) المتصلة المتولدة في المبيع كالحسن و الجمال و غيرهما تبطل خياره و تمنع الرد عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا تمنع الرد و هو على خياره و لو كانت الزيادة متصلة غير متولدة منه كالصبغ و الخياطة و غيرهما تمنع الرد بالإجماع و لو كانت الزيادة منفصلة متولدة منه كالولد و الأرش و العقر و اللبن و الصوف تمنع الرد و تبطل الخيار و ينعقد العقد. و لو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالكسب و الغلة و الصدقة و الهبة لا تمنع الرد و هو على خياره إلا انه اذا اختار البيع فالزوائد له مع الأصل و إن اختار الرد يرد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. و عندهما الأصل دون الزوائد. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره و هو ان الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع و لا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يدخل فعلى هذا إذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح (لأنه لم يملكها) أي لأن الزوج لم يملك امرأته (لما له من الخيار و ان وطئها له ان يردها) و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يفسد النكاح فإن وطئها لم يستطع ردها و تأويل المسئلة فيما إذا كانت المرأة ثيباً لأنها إذا كانت بكراً يأتي حكمها عن قريب و إنما يجوز له ردها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (لأن الوطء بحكم النكاح) و ليس بحكم ملك اليمين حتى يسقط الخيار (إلا إذا كانت بكراً) استثناء من قوله له ان يردها أي إذا اكانت المرأة بكراً ليس له أن يردها (لأن الوطيء ينقصها) فصار بمنزلة اختيار جزء منها

---

(١) و الزيادة المتصلة الخ. كذا في الهندية ص٤٨ ج٣.

و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يفسد النكاح لأنه ملكها و ان وطيها لم يردها لأن وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد و إن كانت ثيباً و لهذه المسألة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار و عدمه منها عتق المشترى على المشتري إذا كان قريباً له في مدة الخيار

فان قيل (١) رضى بالنقصان لانه لما زوجها فقد مكنها على الوطيء و إذا ثبت الخيار فقد تمكن من الرد فيكون راضياً بالنقصان قلنا لا نسلم ان الرضاء باق بعدما باعها بل لا يبقي. و للشافعي رحمه الله تعالى (٢) في حل وطئها وجهان أحدهما يجوز و الثاني لا يجوز و هو نصه اما لو كان المبيع غير امرأته لم يحل للمشتري وطئها على الأقوال كلها. و قال أحمد رحمه الله تعالى لا يحل للبائع أيضا (و هذا) أي المذكور إلى هنا (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يفسد النكاح لأنه ملكها) أي لأن المشترى ملك امرأته (و إن وطيها لم يردها) لأنه كان مختاراً لها سواء كان الوطي ينقصها أو لم ينقصها (لأن وطيها بملك اليمين) و النكاح عندهما قد ارتفع (فيمتنع الرد و ان كانت ثيبا) واصلة بما قبلها و اجمعوا على انه لو لم تكن امرأته يصير بوطئها مختاراً سواء نقصها الوطي أو لم ينقصها لأنه يحصل وطئها بملك اليمين. (و لهذه (٣) المسألة أخوات) أي نظائر (كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار) كما هو مذهبهما (و عدمه) أي و تبتنى على عدم وقوع الملك للمشتري كما هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى (منها) أي من الأخوات (عتق المشترى) بفتح الراء (على المشترى) بكسر الراء (إذا كان) أي المشترى (قريباً له) أي للمشتري (في مدة الخيار) يعني إذا اشترى ذا رحم محرم منه بشرط الخيار لا يعتق عليه عنده في مدة الخيار لأنه لم يملكه و خياره كما كان فإن فسخ البيع عاد إلى ملك البائع و إن أجازه عتق عليه و لزمه الثمن و عندهما يعتق عليه من زمان الشراء لأنه

(١)فان قيل الخ. كذا فى فتح القدير ص٥٠٧ ج٥. (٢)و للشافعي رحمه الله تعالى الخ. و فى المعراج و للشافعي رحمه الله تعالى في حل وطئها وجهان و الثاني لا يجوز و هو نصه و فى انفساخ نكاحها وجهان و الثاني لا ينفسخ و هو ظاهر نصه أما لو كان المبيع غير إمرأته لم يحل للمشتري وطؤها على الأقوال كلها و يحل للبائع على الأقوال كلها و قال أحمد رحمه الله تعالى لا يحل للبائع اه. ثم إعلم أن دواعي الوطيء كالوطء فاذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة سقط خياره وحدها انتشار آلته أو زيادتها و قيل بالقلب و ان لم تنتشر فان كان بغير شهوة لم يسقط فى الكل و ان ادعى أنه بغير شهوة فان كان فى الفم لم يقبل قوله و إلا قبل و ان فعلت الأمة به ذلك و أقر أنه كان بشهوة كان رضا كما فى السراج الوهاج كذا فى البحر الرائق ص٢٤ ج٦. (٣)و لهذه المسئلة أخوات. راجع لهذه النظائر الفتاوى الهندية ص٤٠ ج٣.

و منها عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملكت عبداً فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشتريت لأنه يصير كالمنشىء للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار و منها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزىء به في الاستبراء عنده و عندهما يجتزىء و لو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده و عندهما يجب إذا ردت بعد القبض.

ملكه و يلزمه الثمن و لا يبقى خياره. (و منها) أي من الأخوات (عتقه) أي عتق المشترى بفتح الراء (إذا كان المشتري) بكسر الراء (حلف إن ملكت عبداً فهو حر) يعني إذا قال إن ملكت عبداً فهو حر ثم اشترى عبداً بشرط الخيار لا يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مدة الخيار لأنه لم يملكه خلافاً لهما (بخلاف ما إذا قال إن اشتريت) عبداً فهو حر فاشتراه بالخيار يعتق عليه و يبطل خياره و يلزمه الثمن بالإجماع (لأنه يصير كالمنشيء) من الانشاء و هو إثبات أمر لم يكن (للعتق بعد الشراء) لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده و لو انشأ العتق بعد الشراء بالخيار عتق. (فيسقط الخيار) فكذا هذا فإن (١) قيل لو كان كالمنشيء ينبغي أن ينوب عن الكفارة إذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة أجيب بأنه إنما جعل كالمنشيء لتصحيح قوله فهو حر و ليس من ضرورة تحريره وقوعه عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لأنه كالمدبر في الاستحقاق و فيه يعمل الإنشاء للعتق لا عن الكفارة فكذلك هذا. (و منها) أي و من الأخوات (أن حيض المشتراة في المدة) أي في مدة الخيار (لا يجتزىء به) أي لا يكتفى به يعني إذا اشترى جارية بالخيار ثلاثة أيام و قبضها فحاضت عنده في مدة الخيار فاختارها و صارت للمشتري فلا يجتزىء بتلك الحيضة (في الاستبراء) و عليه أن يستبرئها بحيضة أخرى (عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما يجتزىء) بها في الاستبراء. (و لو ردت) أي الجارية يعني إن اختار المشتري فسخ العقد و عادت الجارية (بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه) أي على البائع (الاستبراء عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده لأن المشترى لم يملكها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما يجب) أي الإستبراء (إذا ردت بعد القبض) بحكم الفسخ لأن المشتري ملكها و إن كان الفسخ قبل القبض لا يجب عليه شيء و إن كان الخيار للبائع ففسخ العقد فلا يجب عليه الإستبراء لأنها لم تخرج من ملكه فإن أجاز البيع فعلى المشترى أن يستبرئها بعد جواز البيع و القبض بحيضة مستأنفة في قولهم جميعاً كذا في شرح الطحاوي.

---

(١) فان قيل الخ. نحوه في العناية و الكفاية ص ٥٠٧ ج٥.

و منها إذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافاً لهما

(و منها) (١) أي من الأخوات (إذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده) أي عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (خلافاً لهما) قال (٢) صاحب النهايةؒ لا بد من أحد تاويلين إما أن يكون معناه اشترى منكوحته و ولدت في مدة الخيار قبل قبض المشترى أو يكون اشترى الأمة التي كانت منكوحته و ولدت منه ولداً قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير أم ولد له فى مدة الخيار عنده خلافاً لهما و على هذا كان قوله فى المدة ظرفاً لقوله لا تصير أم ولد له لا ظرف الولادة. و قال الأكمل رحمه الله تعالى تقرير كلامه إذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير أم ولد له فى مدة الخيار و فيه تعقيد لفظى كما ترى قال صاحب النهايةؒ و إنما احتجنا إلى أحد التاويلين لأنا لو أجرينا على ظاهر اللفظ و قلنا انه إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار و قبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالإتفاق و يبطل خيار الشرط لأن الولادة عيب فلا يمكن ردها بعدما تعيبت الجارية فى يد المشترى بشرط الخيار. و قال الاترازيؒ ظاهر كلام المصنفؒ مشكل لان المشتراة بشرط الخيار إذا ولدت في مدة الخيار يبطل الخيار و يلزم الثمن لحدوث العيب لأن الولادة عيب فى بني آدم لا في البهائم إلا أن يوجب نقصاناً فينبغي على هذا أن تصير الجارية بالولادة فى المدة أم ولد بالاتفاق لأن المبيع إذا تعيب في يد المشترى لا يمكنه أن يرده كما قبض سليماً فعلى هذا يقول إن المشتراة ولدت بالنكاح فى مدة الخيار لكن الولادة لو كانت قبل القبض فلا تصير أم ولد عنده خلافاً لهما و إنما حملنا على هذا الاحتمال كلامه لأن الولادة إما أن تقع بعد القبض أو قبله. و للمصنف رحمه الله تعالى أن يقول أردت أحد هذين الوجهين و قال الكاكي رحمه الله تعالى قوله إذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح هذا إذا ولدت قبل القبض فإنه ذكر فى المبسوط و لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لأنها تعيبت بالولادة و تصير أم ولد له بالإجماع فهذا دليل علي أن ما ذكر فى المتن إذا كانت الولادة قبل القبض و عند الشافعي رحمه الله تعالى تصير أم ولد له على أحد القولين و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى أيضاً هذا إذا كانت الولادة قبل القبض لأنها لو ولدت بعده يسقط الخيار و يثبت الملك للمشترى بالاتفاق و تصير أم ولد له قلت

(١)و منها الخ. و فى البحر ص٢٥ ج٦. و منها اذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما و محله ما اذا كان قبل القبض أما بعده فسقط الخيار اتفاقا و تصير ام ولد للمشترى لأنها تعيبت عنده بالولادة كذا فى النهاية و فى الخانية اذا ولدت بطل خياره و أن كان الولد ميتا و لم تنقصها الولادة لا يبطل خياره اه ثم اعلم أنهم لم يقيدوا بدعوى الولد و قيده بها في ايضاح الاصلاح قال لأنه ولد و الفراش ضعيف اه و هو تقييد لقولهما.
(٢)قال صاحب النهايةؒ الخ كذا فى العناية للعلامة اكمل الدين البابرتىؒ ص٥٠٨ ج٥.

و منها إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك فى يده فى المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده و عندهما من مال المشترى لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك و منها لو كان المشتري عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده

لو قيل عقيب قوله لو ولدت المشتراة إلى آخره يعني قبل القبض لحصل المراد و اكتفي عن تطويل الكلام. (و منها) أي و من الأخوات (إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع) يعني اشترى شيئاً بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه بإذن البائع (ثم أودعه عند البائع) في مدة الخيار (فهلك في يده) أي فهلك المبيع في يد البائع (في المدة) أي في مدة الخيار أو بعدها (هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده) لأن الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع و إذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض و أنه من مال البائع لأن من مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لم يملكه المشتري. (و عندهما من مال المشتري) أي الهلاك يكون من مال المشترى (لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك) لأن المشتري يملكه فصار مودعاً ملك نفسه فصار هلاكه فى يد المودع كهلاكه فى يده لأن يد المودع كيده و لو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشترى ثم إن المشترى أودعه البائع فى مدة الخيار ثم هلك فى يد البائع قبل جواز البيع أو بعده يبطل البيع فى قولهم جميعاً و لو كان البيع باتا فقبضه المشتري بإذن البائع أو بغير اذنه و الثمن منقود أو مؤجل و له فيه خيار الرؤية أو خيار العيب فأودعه البائع فهلك في يد البائع هلك على المشتري و لزمه الثمن بالإجماع لأن خيار الرؤية و خيار العيب لا يمنعان وقوع الملك فصار مودعاً لملك نفسه كذا فى شرح الطحاوي. (و منها) أي من الأخوات (لو كان المشتري عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بيانه عبد مأذون له في التجارة اشترى من حر سلعة بدراهم معلومة على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم إن البائع أبرأه عن الثمن فالقياس أن لا يصح إبراؤه لأنه لا يملك الثمن و فى الإستحسان يصح إبراؤه لأنه حصل بعد وجود سبب الملك و هو العقد فإذا صح إبراؤه ففي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى خياره على حاله إن شاء اختار السلعة و تكون له بغير ثمن و إن شاء فسخ و عادت إلى البائع بغير ثمن و عندهما بطل خياره و لا يملك الفسخ و الرد لان مذهبهما أنه ملكها و في الفسخ و الرد تمليك منه للبائع بغير بدل و هو ليس من أهل ذلك و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لم يملكها فيكون

لأن الرد امتناع عن التملك و المأذون له يليه و عندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض و هو ليس من أهله و منها إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها و هو مسلم و عنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار و هو مسلم قال و من شرط له الخيار فله أن يفسخ

في الفسخ و الرد امتناع عن التملك كما بينه المصنفُ بقوله (لأن الرد امتناع عن التملك و المأذون له يليه) أي الامتناع أي له ولاية الامتناع (و عندهما بطل خياره لانه لما ملكه) أي لما ملك المبيع (كان الرد منه تمليكاً بغير عوض) أي بغير ثمن فيكون متبرعاً (و لو) أي المأذون له (ليس من أهله) أي من أهل التمليك فاذا امتنع الرد بطل الخيار ضرورة و عند الشافعي رحمه الله تعالى و إن كان الملك للبائع فكما قاله و إن كان للمشتري فكما قالا. (و منها) أي و من الأخوات (إذا اشتري ذمي من ذمي) آخر (خمراً) أو خنزيراً (على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما) أي ثم أسلم المشتري بطل الخيار عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لانه ملكها فلا يملك ردها و هو مسلم و عنده يبطل البايع لانه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار و هو مسلم) أي و الحال أنه مسلم و ذكر خيار المشتري و إسلامه لانه إذا كان الخيار للبائع و أسلم البائع يبطل البيع بالإجماع (١) و ذكر الإمام (٢) التمرتاشيُّ مسائل على هذا الاصل منها ما إذا اشترى مسلم من مسلم عصيراً بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده و عندهما تم و منها ما إذا اشترى داراً على أنه بالخيار و هو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام السكنى بعد الشرط قال الإمام السرخسيُّ لا يكون اختيارا و انما الاختيار إبتداء السكنى و قال شيخ الإسلام خواهر زادهْ استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك العين و عنده ليس باختيار لانه بالإجارة أو الإعارة لم يملك شيئا و منها حلال اشترى ظبياً بالخيار فقبضه ثم أحرم و الظبي في يده ينتقض البيع عنده و يرد إلى البائع و قالا يلزم المشتري و لو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع و لو كان الخيار للمشترى فأحرم البائع للمشترى أن يرده. (قال) أي القدوريُّ (و من شرطه الخيار) سواء كان بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً (فله أن يفسخ) أي العقد

---

(١) بالاجماع كذا في فتح القدير و في البحر ص٢٦ ج٦. و لو كان الخيار للبائع فأسلم بطل البيع و لو أسلم المشترى لا و خيار البائع على حاله فان أجاز صارت الخمر للمشترى حكما و المسلم أهل لأن يتملكها حكما كذا في النهاية. (٢) ذكر الامام التمرتاشيُّ مسائل الخ. و كذا ذكر العلام ابن الهمامٌ هذه الفروع في فتح القدير ص٥٠٩ ج٥. و فيه أيضا و منها أن الخيار اذا كان للمشترى و فسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لأنها لم تحدث على ملك المشترى و عندهما للمشترى لأنها حدثت على ملكه.

في مدة الخيار و له أن يجيز فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز و إن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و الشرط هو العلم و إنما كنى بالحضرة عنه له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة و لهذا لا يشترط رضاه و صار كالوكيل بالبيع و لهما أنه تصرف فى حق الغير و هو العقد بالرفع و لا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه

(في مدة الخيار و له أن يجيز فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز و إن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة و محمد رحمه الله تعالى) و به (١) قال مالك رحمه الله تعالى (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز و هو قول (٢) الشافعي رحمه الله تعالى) و به قال أحمد و مالك فى رواية و زفر رحمهم الله تعالى. (و الشرط هو العلم) قال القدوري بغير حضرة صاحبه و قال المصنف الشرط العلم أي علم صاحبه بالفسخ (و انما كنى بالحضرة عنه) أي عن العلم يعني ذكر السبب فأراد المسبب لأن الحضور سبب العلم و ليس (٣) المراد منه الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد (له) أي لأبى يوسف رحمه الله تعالى (أنه) أي من شرط له الخيار (مسلط على الفسخ) أي على فسخ العقد (من جهة صاحبه) وكل من هو كذلك (فلا يتوقف) فعله (على علمه كالإجازة) فإن فيها لا يشترط العلم بالإجماع. (و لهذا) أي و لأجل عدم توقف فعله على علم صاحبه (لا يشترط رضاه) يعني في الفسخ (و صار) أي من له الخيار (كالوكيل بالبيع) فإن للوكيل أن يتصرف فيما وكل به و إن كان الموكل غائباً لأنه مسلط على البيع من جهته فكذا هاهنا (و لهما) أي لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أي أن الفسخ (تصرف في حق الغير) و هو من ليس له الخيار (و هو العقد بالرفع) أي برفع العقد في حق المتعاقدين (فلا يعرى (٤) عن المضرة) أي لا يخلو عن المضرة (لأنه) أي لأن من ليس له الخيار (عساه) أي قرب له (يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه) أي في المبيع ثم يظهر أنه تصرف فى مال غيره.

---

(١)و به قال مالك رحمه الله تعالى كذا فى فتح القدير ص٥١١ ج٥. (٢)و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى شرح المهذب للنووى الشافعي ص٢٠٠ ج٩. و المغنى لابن قدامة الحنبلي ص١١١ ج٤. (٣)ليس المراد الخ. كذا فى العناية ص٥١٣ ج٥. (٤)فلا يعرى عن المضرة و فى الكفاية ص٥١١ ج٥. فان قيل لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر أيضا و هو أن يخفى الذى ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يمضى مدة الخيار فلزمه العقد شآء أو أبى فيتضرر من له الخيار اذا أبى لزوم البيع قلنا انما لزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره فى أخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه و نحوه فى العناية.

فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري و هذا نوع ضرر فيتوقف على علمه و صار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لأنه لا إلزام فيه و لا تقول انه مسلط و كيف يقال ذلك و صاحبه لا يملك الفسخ و لا تسليط في غير ما يملكه المسلط و لو كان فسخ في حال غيبة صاحبه و بلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به و لو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

(فيلزمه (١) غرامة القيمة بالهلاك) أي بهلاك المبيع و لا خفاء في كونه ضراراً هذا (فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب) أي البائع (لسلعته مشترياً) أي مشترياً آخر و هذا نوع ضرر (فيما إذا كان الخيار المشتري) لأنه قد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع (و هذا نوع ضرر) لفواتها فإذا كان كذلك (فيتوقف) أي القول (على علمه و صار كعزل الوكيل) فإنه موقوف على علمه بعزل الموكل كيلا يتضرر بلزوم الثمن فيما إذا كان وكيلا بالشراء أو ببطلان قوله فيما إذا كان وكيلاً بالبيع (بخلاف الإجازة لانه لا إلزام فيه) لأنها إتمام للعقد السابق فلم يحتج إلى حضور صاحبه. (و لا تقول انه) أي ان من له الخيار (مسلط) أي على الفسخ هذا جواب عن قول أبي يوسف رحمه الله تعالى انه مسلط (و كيف يقال ذلك و صاحبه) هو الذي لا خيار له (لا يملك الفسخ) للزوم العقد من جانبه فكيف يملك التسليط عليه (و لا تسليط فى غير ما يملكه المسلط) بكسر اللام (و لو كان فسخ فى حال غيبة صاحبه و بلغه) أي خبر الفسخ صاحبه (في المدة) أي في مدة الخيار (تم الفسخ لحصول العلم به و لو بلغه) أي و لو بلغ الخبر صاحبه (بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ) لأن تمام المدة دلالة لزوم العقد. و اعلم (٢) أن مدار دليلهما إلزام ضرر زائد غير مرضى به فإذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضاً فلا يرد ما قبل الطلاق و العتاق و العفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل إلزام و هو مسوغ لأن ذلك من الإسقاطات و ما هو كذلك ليس فيه شيء من الإلزام كاسقاط الحمل عن الدابة لا يكون الزاماً عليها إنما اللزوم فى جانب من أسقط و كلامنا في الحكم الذي على الغير و لا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة و حكمها يلزم المرأة و إن لم تعلم لأنه ليس فيها الزام لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزاماً و إنما هي استدامة ملك النكاح و لا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ

---

(١)فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك و قد تكون القيمة اكثر من الثمن كذا فى فتح القدير. (٢)و اعلم الخ. نحوه فى العناية ص٥١٢ ج٥. أقول و رجح فى فتح القدير ص٥١٣ ج٥ قول أبي يوسف رحمه الله تعالى قال و اذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لأنها على وفق ما ترجح من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لكنا نوردها بناء على تسليم تمام الدليل انتهى.

....

على زوجها و فيه الزام حكم الاختيار و إن لم يعلم به لعدم (١) الالزام بل ذلك بالتزامه كذا في مختصر الأسرار و لا ما قيل اختيار الأمة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه و فيه الزام لأن الملك ازداد عليها بالحرية حيث لزمها المقام في منزل الزوج فكان لها أن تدفع تلك الزيادة برفع العقد و لا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم و فيه الزام عليهما لأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه و لا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة و إن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة أو لكونه بإيجاب الشرع نصا وقت الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط و هو الرد أو الإجازة و هو غير مرضى به من جانب الآخر فلا يلزمه إلا بعلمه. ثم اعلم (٢) أن شرط الخيار إذا كان للبائع فجواز العقد و نفوذه بأحد معان ثلاثة إما بقوله أجزت البيع فى المدة و لا يشترط حضرة الآخر و إما بموت البائع فى المدة لأن الخيار لا يورث عندنا و اما بمضي مدة الخيار من غير فسخ و اما الفسخ فيثبت بالقول و الفعل أما القول فبقوله فسخت البيع فإذا قال ذلك فسخ البيع بلا رضى المشترى و لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضى و لكن يشترط حضوره عندهما خلافاً لأبى يوسف رحمه الله تعالى و أما الفعل فكما إذا تصرف في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك كالاعتاق و البيع و التقبيل و نحو ذلك فإن العقد ينفسخ حكما حضر المشتري أولا بالإجماع. و أما إذا كان الخيار للمشتري فجواز العقد و نفاذه بالمعاني الثلاثة التي ذكرناها و بمعان أخرى سواها هو أن يصير المشترى فى يد المشترى بحال لا يملك المشتري الفسخ على تلك الحالة كما إذا هلك المعقود عليه أو انتقص فى يد المشتري نقصاناً يسيراً أو فاحشاً بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل الأجنبي أو بفعل المعقود عليه بطل خياره و نفذ البيع و هذا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى إلا فيما إذا حصل النقصان بفعل البائع حيث لا يبطل خيار المشتري إن شاء رده عليه و إن شاء اختاره و أخذ من البائع الأرش و في المحيط إذا كان الخيار للبائع ينفذ العقد بإجازته و بموته و بمضي المدة قبل الفسخ و بالإغماء و الجنون و إن أفاق في المدة. قال الاسبيجابي الأصح أنه على خياره فلو سكر من الخمر لم يبطل خياره بخلاف السكر من البنج و لو ارتد فعلى خياره إجماعاً فلو تصرف بحكم خياره يتوقف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما و أما الفسخ إما بالقول أو بالفعل

(١) لعدم الالزام الخ. أو لأنه لا ضرر فيه فان الايجاب فيه حصل منه و لو رأى ضررا ما أقدم عليه أو لأنه غير زائد على موجب التخيير كذا فى العناية. (٢) ثم اعلم الخ. راجع لنحو هذه الفروع الفتاوى الهندية ص ٤٢ ج ٣.

قال و إذا مات من له الخيار بطل خياره و لم ينتقل إلى ورثته. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب و التعيين

و هو أن يتصرف البائع تصرف المالك في مدة الخيار كما إذا أعتقه أو دبره أو كاتبه أو باعه من غير أو وهبه و سلمه أو رهن أو آجر و إن لم يسلم على الأصح و هذه التصرفات فسخ بغير علم المشتري إجماعاً إلا رواية عن محمد رحمه الله تعالى و قبض الثمن من البائع ليس بإجازة و كذا هبته و ارتهانه إلا إذا استفيد له بغيره كالدراهم و الدنانير. و لو باع جارية بعبد على انه بالخيار في الجارية فهبته العبد أو عرضه على البيع اجازة و عرضها على البيع فسخ على الأصح و لو أبرأه من الثمن و اشتري منه به شيئاً أو ساومه به فهو إجازة و لو توارى المشتري في مدة الخيار يبعث إليه القاضي من بعد فإن ظهر و إلا أبطله إلا أن يجيء في المدة و لو كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرناه من الأمور في حق البائع و بالتصرف تصرف الملاك فوطئه إجازة و الإستخدام أولاً لا و الإستخدام ثانياً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر و الركوب امتحاناً ليس بإجازة و كذا لو ركبها لحاجة أو سفر أو حمل عليها إلا علفها عند محمد رحمه الله تعالى. و الركوب للرد و السقي و الاعلاف إجازة و قيل إن لم يمكن بدون الركوب فلا يكون إجازة كما في خيار العيب و لو أمر الغلام بحمل شيء أو حلق رأسه أو غسله فليس برضى و لو كان المشتري كتاباً فنسخ منه لنفسه أو لغيره لا يبطل خياره و إن قلب الأوراق و بالدرس منه يبطل خياره و قيل على عكسه و به أخذ أبو الليث (١) (قال) أي القدوري (و إذا مات من له الخيار) و هذا التعبير يتناول البائع و المشتري و غيرهما جميعاً (بطل خياره) بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه لا يبطل بالاجماع (و لم ينتقل إلى ورثته) أي و لم ينتقل الخيار الى ورثة من له الخيار (و قال الشافعي رحمه الله تعالى (٢) يورث عنه) و به قال(٣)قال مالك رحمه الله تعالى (لأنه) أي لأن الخيار (حق لازم) حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله و إنما قال حق لأن حق الإنسان ما يتولى اثباته و اسقاطه و لازم لأن صاحبه لا يتمكن من ابطاله (ثابت في البيع فيجرى فيه الإرث كخيار العيب) و الرؤية (و التعيين) (٤) أي و كخيار التعيين

(١)و به أخذ أبو الليث كذا فى فتح القدير ص ٥١٠ ج٥. (٢)قال الشافعي رحمه الله تعالى. و فى شرح المهذب للنووى الشافعي ص٢٠٦ ج٩. اتفقت نصوص الشافعي و طرق الأصحاب على أن خيار الشرط و خيار الرد بالعيب ينتقل الى الوارث بموت المورث و إلى السيد بموت المكاتب فى مدته و لا خلاف فى هذا إلا أن الرافعي حكى أن فى خيار الشرط قولا شاذا أنه يسقط بالموت مخرجا من خيار المجلس و هذا ضعيف جدا و مردودا. (٣)و به قال مالك رحمه الله تعالى على ما هو فى كتبهم المشهورة كذا فى فتح القدير ص٥١٥ ج٥. (٤)و التعيين و فى فتح القدير ص٥١٥ ج٥. و أما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعي رحمه الله تعالى لا يصح على أصله لأنه لا يجيز =>

و لنا أن الخيار ليس إلا مشية و إرادة و لا يتصور انتقاله و الارث فيما يقبل الانتقال

صورته رجل اشترى عبدين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء بألف و يرد الآخر ثم مات المشترى يقوم وارثه مقامه في اختيار أحدهما. (و لنا أن الخيار ليس الا مشية و ارادة) و كلاهما (١) منصوبان على أنهما بدلان عن خبر ليس أي ليس الخيار شيئا الا مشية و ارادة. قال تاج الشريعة لأن الشائى هو الفاعل عن ملك و اختيار لا عن أمر و اجبار و مشية الإنسان تنقطع بموته كقدرته لأنها صفته و الصفة لا تبقى بعد الموصوف (و لا يتصور انتقاله) أي انتقال الخيار لأنه ليس الا مشية و ارادة و هما عرضان و العرض لا يقبل الانتقال (و الإرث فيما يقبل الإنتقال) لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان الى الوارث و هذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولاً به لا يقال قال رسول الله ﷺ (٢) من ترك مالاً أو حقاً فلورثته و الخيار حق فيكون لورثته لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته و الخيار ليس كذلك فإن قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه فى الأعيان فهلا يكون الخيار كذلك و أجيب بأن المنتقل هو العين و نقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمناً و أجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأصل عدمه و كم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية مالك و فيه نظر فإن الكلام فى المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه و الخيار يلزمه و الصواب أن يقال الغرض الأصلي من نقل الأعيان ملكيتها و ليس الخيار فى المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فإن قيل القصاص ينتقل من المورث إلى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب

=> خيار التعيين فكأنه ذكره إلزاما لنا. (١) كلاهما منصوبان الخ. و فى فتح القدير ص٥١٥ ج٥. و لفظ مشيئة منصوب على أنه خبر ليس و ما فى الشروح من أنه بدل من الخبر و تقديره أن الخيار ليس شيئا إلا مشيئة مبنى على قول ضعيف فى العربية من أن يقدر المعمول غير ما فرغ العامل له و يجعل ما بعد إلا بدله و المختار أن المفرغ له هو المعمول ففى ما قام إلا زيد زيد فاعل. (٢) قال رسول الله ﷺ الخ. روى البخاريّ فى الكفالة (باب الدين) ص٣٠٦ ج١ عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال من ترك مالا فلورثته و فى الاستقراض باب الصلاة على من ترك دينا ص٣٢٣ ج١ و فى التفسير الأحزاب ص٧٠٥ ج٢ و فى النفقات باب قول النبى ﷺ من ترك كلا أو ضياعا فإليّ ص٨٠٩ ج٢ و فى الفرائض باب قول النبى ﷺ من ترك مالا فلأهله ص٩٩٦ ج٢ و رواه مسلمٌ في الفرائض ص٣٥ ج٢ و أبوداودٌ فى الخراج باب فى أرزاق الذرية ص٥٤ ج٢ و الترمذيّ فى الجنائز باب ما جآء فى المديون ص١٢٧ ج١ و النسائيّ فى الجنائز الصلاة على من عليه دين ص٢٧٨ ج١ و ابن ماجةٌ فى الفرائض باب ذوى الأرحام ص٢٠١. أقول قوله مالا فثابت فى كتب الحديث و أما قوله حقا فلم يثبت عندى و ما لم يثبت لم يتم به الدليل تأمل.

بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث و خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار. قال و من اشترى شيئاً

بأنه ثبت للوارث ابتداء لأنه شرع للتشفي و هما في ذلك سيان إلا أن المورث متقدم فاذا مات زال التقدم و ثبت للوارث بما ثبت للمورث أعني التشفي و الخيار يثبت بالعقد و الشرط و الوارث ليس بعاقد و لا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لأن كلامنا مع من يقول بالنقل و ما ذكرنا يدل على انتفائه و لو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الوارث و الاول مسلم و لا كلام فيه و الثاني عين النزاع هذا كله لخصه (١) الاكملٌ من كلام السغناقيّ و غيره فنقلناه مثل ما نقله تكثيراً للفائدة. (بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه الشافعي رحمه الله تعالى (لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث) لانه قائم مقامه فكان ذلك نقلاً في الأعيان (فأما نفس الخيار لا يورث) لانه لا يتصور انتقاله كما ذكرناه فلا يجرى فيه الإرث (و خيار التعيين) هذا جواب عما قاسه الشافعي رحمه الله تعالى تقريره أن خيار التعيين (يثبت للوارث ابتداء) لا بسبيل الإرث يعني أنه بطل (٢) ذلك الخيار الاول و تجدد للوارث خيار آخر حكما (لاختلاط (٣) ملكه بملك الغير) لانه ملك أحد العبدين مجهولاً لان ملكه أحدهما و قد اختلط بملك صاحبه فثبت لهما التعيين بعلة مجهولية ملكه فأما أن يكون ذلك بالإرث فلا (لا أن يورث الخيار) كما مر غير مرة. فإن قلت المكاتب اذا مات و خلف ولدا ولد في الكتابة ينتقل اليه الكتابة مع الاجل و التنجيم قلت انتقال الكتابة إلى الولد بسبيل السراية لا بسبيل الإرث لان المكاتب لا يورث و لا يلزم خيار الصفة و هو ما إذا اشترى على أن له الخيار لأن فيه معنى المال و لا يلزم الرهن و الكفالة و الضمان حيث يورث هذه الأشياء لأن فيه وثيقة و معنى المال و كذلك القصاص يؤول إلى مال. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من (٤) اشترى شيئا

---

(١)لخصه الاكملٌ فى العناية ص٥١٤ ج٥. (٢)بطل ذلك الخ. ألا ترى أن المورث كان له أن يفسخ قوله و كان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ و ليس خياره بموقة كذا فى الغناية ص٥١٥ ج٥. (٣)لاختلاط ملكه الخ. فان قيل الاختلاط مشترك فلم يكن هو أولى بالتعيين من البائع قلنا لا لأن مورثه ملك أحد العبدين على وجه يكون له ولاية التمييز و التعيين بالشرط فيملكه الوارث كذلك بخلاف البائع اذ ملكه فى أحدهما لا يكون بهذه الصفة كذا فى الكفاية ص٥١٦ ج٥. (٤)و من اشترى الخ. و لو قال و لو شرط أحد المتعاقدين الخيار لأجنبى صح لكان أولى ليشمل ما اذا كان الشارط البائع أو المشترى و ليخرج اشتراط أحدهما للآخر فان قوله لغيره صادق بالبائع و ليس =>

و شرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز و أيما نقض انتقض

و شرط (١) الخيار لغيره) المراد من الغير ههنا غير العاقدين حتى يأتي خلاف زفر رحمه الله تعالى (فأيهما أجاز) أي من المشتري و من المشروط له الخيار (جاز و أيهما) أي الإثنين المذكورين (نقض) أي العقد (انتقض) أي العقد و قال الكاكي فإن قيل قوله فأيهما أجاز إلى آخره جملة استفهامية لا تصلح خبراً للمبتدأ و هو قوله و من اشترى فيبقى المبتدأ بلا خبر. قلنا فى المبتدأ معنيان أحدهما الإبتدأ و الثاني الشرطية فتقتضي الخبر و الجزاء هنا وقع خبرا فيكون الخبر محذوفاً و هو قوله جاز و يتحقق هذا المعنى في ضمن الخبر لأنه لما جاز بالإجازة لا بد أن يكون الاشتراط للغير جائزاً كما فى قوله تعالى ﴿الزانية و الزانى﴾ و قوله ﴿فاجلدوا﴾ لا يصلح خبراً لكونه طلباً و في ضمنه خبره و هو وجوب الجلد المستفاد منه تقديره الزانية و الزاني يجب عليهما الحد فاجلدوا...... انتهى. و اعترض عليه بعضهم بقوله ما جواب هذا العامل زيد من أبوه و نحوه و قال (٢) الأكمل و من اشترى و شرط الخيار لغيره تقرير كلامه من اشترى و شرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز قلت هذا له وجه و هو أحسن من تطويل الكاكي على أن التقدير فى الآية على ما تقتضيه لقاعدة الزانية و الزاني يقال فيه فاجلدوا و كذلك التقدير في قول المعترض بقوله زيد من أبوه زيد يقال فيه من أبوه. و بقولنا قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى

=> بمراد و لذا قال فى المعراج و المراد من الغير هنا غير العاقدين ليتأتى فيه خلاف زفر كذا فى البحر ص ٣٢ ج٦.
(١)شرط الخيار. و فى البحر ص٣٢ ج٦. قيد بخيار الشرط لأن خيار العيب و الرؤية لا يثبت لغير العاقدين كما فى المعراج و أفاد كلامه أن أحدهما لو أجاز فقال الآخر لا أرضى فالبيع لازم و لو أمر وكيله بالبيع بشرط الخيار فباعه بلا شرط لم يجز و لو باع و اشترط كما أمره فليس له أن يجيز على الآمر و للآمر الاجازة و لو وكله بشراء بشرط للآمر فاشترى و لم يشترطه نفذ عليه كذا فى السراج الوهاج. (٢)قال الأكمل فى العناية ص٥١٦ ج٥. و فى فتح القدير ص٥١٦ ج٥. فلفظ من مبتدأ و الجملة الشرطية و هى أيهما أجاز خبره و اذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء فى خبره نحو الذى يأتينى فله درهم. (٣)قال الشافعي الخ. و فى شرح المهذب للنووى الشافعي ص١٩٦ ج٩. قال أصحابنا رحمهم الله تعالى يجوز خيار الشرط للعاقدين و لأحدهما بالاجماع فان شرطه لأجنبى فقولان مشهوران أصحهما باتفاق الأصحاب يصح البيع و الشرط و هو الأشهر من نصوص الشافعي رحمه الله تعالى نص عليه فى الاملاء و فى الجامع الكبير و به قطع الغزالي و غيره و نقل امام الحرمين فى النهاية اتفاق الأصحاب عليه و لم يذكر فيه خلافا و ليس كما ادعى و القول الثانى أن البيع باطل و حكى الماوردى عن ابن سريج وجها أن البيع صحيح و الشرط باطل قال و على هذا وجهان أحدهما يكون البيع لازما لا خيار فيه و الثانى أن بطلان الخيار يختص بالأجنبى فيصح البيع و يثبت الخيار للعاقد و كل هذا ضعيف و المذهب الأول قال أصحابنا و لو باع عبدا بشرط الخيار للعبد ففيه القولان أصحهما يصح البيع و الشرط لأنه أجنبى من العقد فأشبه غيره و أطلق ابن القاص أنه لا يصح فى صورة العبد قال القاضى أبو الطيب و غيره و هو تفريع منه على قولنا لا يصح شرطه لأجنبى فأما =>

و أصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً و في القياس لا يجوز و هو قول زفرؒ لأن الخيار من مواجب العقد و أحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري.

و لنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه

في الأصح و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و لكن الشافعي رحمه الله تعالى فيه وجهان أحدهما أنه يصح للغير وحده و الثاني يثبت له مع العاقدين و عنه في قول لا يصح و به قال زفر رحمه الله تعالى و في فساد البيع وجهان في وجه يفسد البيع و في وجه البيع صحيح و الشرط فاسد (و أصل هذا) أي أصل هذا المذكور من المسألة (أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً و في القياس لا يجوز و هو قول زفرؒ لأن الخيار من مواجب العقد) أي من مقتضياته (و أحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره) لأنه خلاف ما يقتضيه العقد (كاشتراط الثمن على غير المشتري) أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الملك لغيره. (و لنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد) إذ لا وجه لإثباته للغير إصالة (فيقدر الخيار له) أي للعاقد (اقتضاء) أي من حيث الاقتضاء تصحيحاً لتصرف العاقد على حسب الإمكان فيجعل كأنه شرط لنفسه (ثم يحعل هو) أي يجعل من له الخيار (نائبا عنه تصحيحاً لتصرفه) أي لتصرف العاقد فكان ثبوت الخيار للعاقد مقتضي صحة ثبوت الخيار للأجنبي و فيه (١) بحث من وجهين أحدهما ان شرط الإقتضاء أن يكون المقتضي أدنى منزلة

=> اذا صححناه للأجنبي فيصح للعبد و الله اعلم. قال أصحابنا رحمهم الله تعالى و لا فرق على القولين بين أن يشرطا جميعا أو أحدهما الخيار لشخص واحد أو يشرط أحدهما لواحد و الآخر لآخر فلو شرطه أحدهما لزيد من جهته و شرطه الآخر لزيد أيضا من جهته صح على قولنا بصحته للأجنبي قال المتوليّ و الفرق بينه و بين الوكيل الواحد في طرفي البيع و الشراء أن عقد البيع لا يجوز أن ينفرد به أحدهما فلا ينفرد وكيلهما و أما الفسخ و الاجازة فينفرد به أحدهما فانفرد به وكيلهما. قال أصحابناؒ فاذا قلنا بالأصح أنه يثبت الخيار للأجنبي المشروط له فهل يثبت للشارط أيضا فيه خلاف مشهور فالجماعةؒ حكته وجهين و حكاه المتولي و آخرونؒ قولين أحدهما يثبت له أيضا و صححه الرويانيّ و أصحهما عند الجمهور لا يثبت و هذا ظاهر نصه في الصرف و في الإملاء لأنه قال في الإملاء من باع سلعة على رضاء غيره كان للذي شرط له الرضا الرد و لم يكن للبائع قال أصحابناؒ فان لم نثبته للشارط مع الأجنبي بل خصصنا به الأجنبي فمات الأجنبي في زمن الخيار فهل يثبت الآن للشارط فيه وجهان حكاهما البغوي و آخرون رحمهم الله تعالى أصحهما عند البغوي و الرافعي و غيرهما يثبت كما يثبت للوارث و الثاني لا لأنه ليس بوارث و بهذا جزم صاحب البحرؒ و المذهب الأول اه ملخصا. و في المغني لابن قدامة الحنبليؒ ص ١٠٠ ج٤. (فصل) و ان شرط الخيار لأجنبي صح و كان اشتراطا لنفسه و توكيلا لغيره و هذا قول أبي حنيفة و مالك رحمهما الله تعالى و للشافعي رحمه الله تعالى فيه قولان أحدهما لا يصح. (١) و فيه بحث الخ. كذا في العناية ص٥١٧ ج٥.

و عند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز و أيهما نقض انتقض و لو أجاز أحدهما و فسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره و لو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية و تصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى

من المقتضى ألا ترى أن من قال لعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريراً اقتضاء لأن التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه و لا خفاء أن العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء و الثاني (١) أن اشتراط الخيار لغيره لوجاز اقتضاء تصحيحاً لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك. و أجيب عن الأول بأن الإعتبار للمقاصد و الغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الأصل بطل إلى الخيار و العاقد أصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الأصل بتبعية فرعه و أما التحرير فإنه الأصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه و عن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة و المذكور ههنا هو الثمن على الأجنبي و ثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى و لو صحت الكفالة بطريق الإقتضاء كان مبطلا للمقتضى و عاد على موضوعه بالنقض فإن (٢) قيل فليكن بطريق الحوالة فإن فيها المطالبة بالدين فالجواب (٣) أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعاً لفرعه و هو المحال عليه. (و عند ذلك) أي عند ثبوت الخيار لهما (يكون لكل واحد منهما الخيار) أي للعاقد و لمن شرط له الخيار (فأيهما أجاز) أي العقد (جاز و أيهما نقض انتقض و لو أجاز أحدهما و فسخ الآخر يعتر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره و لو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية) و هي راية كتاب البيوع (و تصرف الفاسخ في أخرى) أي و يعتبر تصرف الفاسخ و هو الذى فسخ العقد في رواية أخرى و هي رواية كتاب المأذون (وجه الأول) أي وجه اعتبار تصرف العاقد (أن تصرف العاقد أقوى

---

(١)و الثاني الخ. أقول في ظاهر عبارته تناقض بيانه أنه جعل الخيار ثابتا للعاقدين إقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير إقتضاء و دفع التناقض أن النيابة تثبت اقتضاء و ان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير و أما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت إقتضاء لأنه لم يثبت صريحا فتأمل ذلك كذا في السعدية. (٢)فان قيل الخ. كذا في العناية ص٥١٧ ج٥. (٣)فالجواب الخ. أقول فيه بحث لأنه لم لا يجوز أن يقال هنا أيضا الاعتبار للمقاصد و الغير هو مقصود البائع بمطالبته الثمن و جوابه أن الثمن على المشترى بحسب وضع الشرع كذا في السعدية.

لأن النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ و المفسوخ لا تلحقه الاجازة و لما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف و قيل الأول قول محمد رحمه الله تعالى و الثاني قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و استخرج ذلك مما اذا با ع الوكيل من رجل

لأن النائب (١) يستفيد الولاية منه وجه الثاني) أي وجه اعتبار تصرف الفاسخ. و هي رواية كتاب المأذون (أن الفسخ أقوى لأن المجاز) بضم الميم (يلحقه الفسخ) كما لو أجاز و المبيع هلك عند البائع. (و المفسوخ لا تلحقه الإجازة) فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة و نوقض بما إذا تراضيا على فسخ الفسخ و على إعادة العقد بينهما جاز و فسخ الفسخ ليس إلا هو إجازة البيع في المفسوخ و أجيب بأن هذا ليس بإجازة للفسخ بل هو بيع ابتداء. (و لما ملك كل واحد منهما التصرف) هذا كأنه جواب عما يقال إن كل واحد من الفاسخ و المجيز يملك التصرف فأي تصرف من التصرفين يرجح على الآخر فذاك و لما ملك كل واحد منهما التصرف من الإجازة و الفسخ (رجحنا بحال التصرف) لان كل واحد منهما أصل العاقد من حيث التملك و الاجنبي من حيث شرط الخيار له فلم يترجح الامر من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف و هو فوقه و النقض يفسخ الإجازة و الإجازة لا تفسخ النقض فكان النقض (٢) أولى لا يقال النقض و الإجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضته في ذلك (و قيل الاول) هو أن تصرف العاقد أقوى (قول محمد رحمه الله تعالى و الثاني) هو تصرف الفاسخ اقوى (قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و استخرج) على صيغة المجهول (ذلك) إشارة إلى الاختلاف بين أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في ذلك أراد أن المنسوب إليهما ليس منقول عنهما و إنما استخرج (مما إذا با ع الوكيل من رجل

---

(١)لأن النائب يستفيد الولاية منه و التصرف الصادر عن إصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابة و استشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلقاها معا فالواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عينا و لو كان المرجح الأصيل تعين إطلاقه أجيب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر كذا في فتح القدير ص٥١٨ ج٥. (٢)فكان النقض أولى. و في الهندية ص٥٣ ج٣. و ان فسخ أحدهما و أجاز الآخر معا فالفسخ أولى كذا في الحاوي و هو الأصح هكذا في النهر الفائق انتهى. أقول و كذا في المبسوط للسرخسي ص٤٩ ج١٣. و في الكفاية ص٥١٨ ج٥. فان قيل الاجازة توجب الحرمة على البائع فكان أولى قيل الاجازة تاثيرها في إثبات الحل و الفسخ تاثيره في إبقاء الحل فكان الابقاء اولى و لأن الابقاء مع الشك أحق من الاثبات مع الشك لأن الشيء يبقى مع الشك و لا يثبت مع الشك فكان اعتبار الفسخ أولى.

و الموكل من غيره معاً فمحمد رحمه الله تعالى يعتبر فيه تصرف الموكل و أبو يوسف رحمه الله تعالى يعتبرهما. قال و من باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد و ان باع كل واحد منهما بخمس مائة على انه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع و المسألة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن و لا يعين الذي فيه الخيار و هو الوجه الأول في الكتاب و فساده لجهالة الثمن و المبيع لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فيبقى الداخل فيه أحدهما و هو غير معلوم و الوجه الثاني أن يفصل الثمن و يعين الذي فيه الخيار و هو المذكور ثانيا في الكتاب و إنما جاز لأن المبيع معلوم و الثمن معلوم و قبول العقد

و الموكل) أي باع الموكل (من غيره معاً) أي في حالة واحدة (فمحمد رحمه الله تعالى يعتبر فيه تصرف الموكل و أبو يوسف رحمه الله تعالى يعتبرهما) أي يعتبر تصرفهما و يجعل البيع مشتركاً بينهما بالنصف و يخير كل واحد من الشريكين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن و إن شاء نقض البيع. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من باع عبدين (١) بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد و ان باع كل واحد منهما بخمس مائة على انه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع) أي يختار الشرط في أحد العبدين معيناً (و المسألة على اربعة أوجه أحدها) أي أحد الأوجه (أن لا يفصل الثمن و لا يعين الذي فيه الخيار و هو الوجه الأول في الكتاب) (٢) أي الجامع الصغير. (و فساده) أي فساد هذا الوجه (لجهالة الثمن و المبيع لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد) لأنه يشبه الاستثناء (إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم) و هو ثبوت الملك (فيبقى الداخل فيه أحدهما و هو غير معلوم) و ما هو كذلك فثمنه مثله فيفسد البيع كما في البيع بثمن بطريق الحصة ابتداء. (و الوجه الثاني) و هو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما و هو معنى قوله (أن يفصل الثمن و يعين الذي فيه الخيار و هو المذكور ثانياً في الكتاب) أي الجامع الصغير (و إنما جاز) أي البيع هنا (لأن المبيع معلوم و الثمن معلوم) فجاز لارتفاع الجهالة (و قبول العقد) هذا جواب (٣) شبهة و هي أن يقال ينبغي أن يفسد العقد في هذا أيضاً لوجود المفسد و هو قبول العقد في الذي لم يدخل

---

(١) عبدين و في البحر ص ٣٤ ج٦. أراد بالعبدين القيميين احترازا عن قيمي و مثليين اذ في القيمي الواحد اذا شرط الخيار في نصفه يصح مطلقا و في المثليين كذلك لعدم التفاوت. (٢) في الكتاب الخ. و الأظهر أنه يريد به البداية لأن الهداية شرحها كذا في فتح القدير ص٥١٩ ج٥. (٣) هذا جواب شبهة الخ. نحوه في الكفاية ص٥١٩ ج٥.

في الذي فيه الخيار و إن كان شرطاً لانعقاده في الآخر و لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن و مدبر. و الثالث أن يفصل و لا يعين و الرابع أن يعين و لا يفصل و العقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن.

قال و من اشترى

في العقد لأن العبد الذي فيه الخيار غير داخل حكما كما إذا جمع بين حر و قن فإنه لا يجوز العقد في القن و إن فصل الثمن لما أنه جعل قبول العقد في الحر شرطا لصحة العقد في القن فأجاب بقوله و قبول العقد (في الذي فيه الخيار و إن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر) أي في العبد الآخر. (و لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي لكون من فيه الخيار (محلا للبيع) فكان داخلا في العقد و إن لم يدخل في الحكم فصار (كما إذا جمع (١) بين قن و مدبر) في البيع فان المدبر محل للبيع حتى أن القاضي لو قضى بجواز بيعه نفذ فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً للعقد في الآخر بخلاف ما إذا جمع بين حر و قن فإن الحر ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخلا لا في العقد و لا في الحكم فإن قلت (٢) في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسداً أجيب بأنه ليس فيه نفع لأحد المتعاقدين و لا للمعقود علية فلا يكون مفسداً (٣) (و الثالث) أي الوجه الثالث (أن يفصل) أي الثمن (و لا يعين) أي الذي فيه الخيار (و الرابع) أي الوجه الرابع (أن يعين) أي الذي فيه الخيار (و لا يفصل) أي الثمن (و العقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن) و كل منهما مفسد للبيع (قال) محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى

---

(١) كما اذا جمع الخ. و في البحر ص ٣٤ ج٦. و انما جاز البيع في القن اذا ضم الى مدبر أو مكاتب أو أم ولد و بيعا صفقة و ان لم يفصل الثمن على الأصح لأن المانع من حكم العقد فيما نحن فيه مقارن للعقد لفظا و معنى فاثر الفساد و فيما ذكر المانع مقارن معنى لا لفظا لدخولهم في البيع حتى لو قضى به قاض يجوز لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة فلم يؤثر الفساد كذا في المعراج و في ضم أم الولد و المكاتب الى المدبر في جواز القضاء ببيعه نظر فان الصحيح أنه ينفذ في المدبر فقط و في فتح القدير (ص ٥٢٠ ج٥) و على ما ذكر هنا يتفرع ما في فتاوى قاضي خان باع عبدين على أنه بالخيار فيهما و قبضهما المشترى ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي و ان تراضيا على اجازته لأن الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة و لو قال البائع في هذه المسئلة نقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم و خياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا و شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه اه و هكذا في الظهيرية و تقييده بالبائع اتفاقي اذ لو شرط للمشترى كان كذلك صحة و فساداً. (٢) فان قلت الخ كذا في العناية ص ٥٢٠ ج٥. (٣) فلا يكون مفسدا و انه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط كذا في العناية أقول وجه التأمل ان شرط الخيار فيه نفع لمن الخيار حيث يتروى فالجواب أن شرط الخيار لما كان مجوزا شرعا على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد إلى الآخر فتأمل كذا في السعدية على العناية.

ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة و هو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز و كذلك الثلاثة فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد و القياس أن يفسد البيع فى الكل لجهالة المبيع و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق و الأوفق و الحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله و لا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد و الوسط و الرديء فيها و الجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار و كذا في الاربع إلا أن الحاجة إليها

ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة و هو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز و كذلك الثلاثة) أي الأثواب الثلاثة (فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد و القياس أن يفسد البيع فى الكل لجهالة المبيع و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق) أي بالنظر إلى الثمن (و الأوفق) أي بخاله. (و الحاجة إلى هذا النوع من البيع) أراد بهذا النوع أن يشتري أحد الثوبين أو أحد العبدين على أن يأخذ أيهما شاء بثمن معلوم (متحققة لانه) ربما (يحتاج إلى اختيار من يثق به) لخبرته (أو اختيار من يشترية لأجله) كامرأته و بنته (و لا يمكنه البائع) بتشديد الكاف (من الحمل إليه) أي إلى من يثق به أو إلى من يشتريه لأجله (إلا بالبيع فكان) باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) و هو شرط الخيار ثلاثة أيام (غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث) أي بالثياب الثلاث (لوجود الجيد و الوسط و الرديء) أي الحاجة إلى الاختيار بالثلاث لاختلاف الأوصاف في الثياب و هي ثلاثة الجيد و الوسط و الرديء (فيها) أي في الثياب. (و الجهالة لا تفضي إلى المنازعة) هذا جواب عما قال الإمام الشافعي و زفر رحمهما الله تعالى من الجهالة في وجه القياس تقريره أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة (في الثلاث) أي في الثياب الثلاث (لتعيين من له الخيار) لأنه لما شرط (١) الخيارلنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة و عدم كون الجهالة تفضي إلى المنازعة فاما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأثواب ثلاثة أو أكثر و أما الحاجة فانما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد و الوسط و الرديء فيه (و كذا فى الأربع) أي في الثياب الأربع لا تفضي إلى المنازعة (إلا أن الحاجة إليها) أي الأربع

(١) لأنه لما شرط الخ. كذا فى العناية ص ٥٢٢ ج٥.

غير متحققة و الرخصة ثبوتها بالحاجة و كون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين و هو المذكور في الجامع الصغير و قيل لا يشترط و هو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقاً لا شرطا و إذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده و بمدة معلومة أيتها كانت عندهما

(غير متحققة) لوجود جميع الأوصاف المذكورة في الثلاث و لأن في الأربعة قد يتفق ثوبان على صفة واحدة فيحتاج إلى اختيار آخر فتكثر الجهالة. (و الرخصة) مبتدأ و قوله (ثبوتها) مبتدأ آخر و قوله (بالحاجة) خبره و الجملة خبر المبتدأ الاول (و كون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما) بالجر عطفاً على قوله بالحاجة حاصل المعنى جواز البيع مع الشرط رخصة و ثبوتها مع الحاجة و عدم الإفضاء إلى الجهالة و لكن الحاجة قد انعدمت في الاربع فلا تثبت فيه الرخصة (ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين) أشار بهذا الى بيان اختلاف المشايخ في اشتراط خيار الشرط مع خيار التعيين منهم من قال يشترط و اليه (١) مال الكرخي رحمه الله تعالى (و هو المذكور (٢) في الجامع الصغير و قيل لا يشترط و هو المذكور في الجامع الكبير) فإنه ذكر هذه المسألة و لم يذكر فيها خيار الشرط (فيكون ذكره) أي ذكر خيار الشرط في الجامع الصغير (على هذا الإعتبار) أي على اعتبار الجامع الكبير (وفاقاً لا شرطا) أي على سبيل الاتفاق لا على سبيل الشرط و قال فخر الإسلام رحمه الله تعالى في جامعه و الصحيح عندنا أنه ليس بشرط و هو قول (٣) محمد بن شجاع البلخي رحمه الله تعالى. (و إذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث) أي بثلاثة أيام (عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و بمدة معلومة) أي لا بد من توقيت خيار التعيين بمدة معلوم (أيتها كانت) أي المدة كانت زائدة على الثلاث او غير زائدة بعد أن كانت معلومة (عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى كما في خيار الشرط و قال شمس الأئمة (٤) في جامعه و هو الصحيح و هو

---

(١) اليه مال الكرخي و نسبه قاضي خان إلى اكثر المشائخ رحمهم الله تعالى كذا في فتح القدير ص ٥٢٢ ج٥. و صححه شمس الأئمة السرخسي في المبسوط ص ٥٥ ج١٣. (٢) و هو المذكور في الجامع الصغير. أقول لم لا يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعيين كذا في السعدية. (٣) هو قول الخ. رجحه العلام ابن الهمام في فتح القدير ص ٥٢٢ ج٥. (٤) قال شمس الأئمة السرخسي في جامعه ص ٥٥ ج١٣. و في الهندية ص ٥٥ ج٣. و اذا ذكر الخيار مطلقا و لم يوقته كان الكرخي يقول لا يجوز هذا البيع و اليه أشار في الجامع الصغير و في المأذون و اليه مال شمس الأئمة الحلواني و شمس الأئمة السرخسي و فخر الاسلام على البزدوي كذا في المحيط.

ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين و في بعضها اشترى أحد الثوبين و هو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما و الآخر أمانة و الأول تجوز و استعارة و لو هلك أحدهما

قول الكرخيّ. و إن مات المشتري في الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط و يبقي التعيين للوارث فلا يردهما الوارث و له أن يعين أحدهما و يرد الآخر كذا فى جامع قاضى خان و فى الذخيرة هذا إذا كان الخيار للمشتري فإن كان للبائع بأن قال بعتك هذين الثوبين على أني بالخيار في تعيين المبيع في أحدهما لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة فى بيوع الأصل و لا فى الجامع الصغير و ذكر الكرخيّ (١) في مختصره أنه يجوز استحساناً لا قياساً لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فكذا يجوز مع خيار البائع قياساً على خيار الشرط و ذكر فى المجرد أنه لا يجوز لأن هذا باعتبار الحاجة و البائع لا يحتاج اليها. (ثم ذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ الجامع الصغير (اشترى ثوبين) كما هو المذكور أولاً (و فى بعضها اشترى أحد الثوبين) فحاصله أن الرواية اختلفت فى نسخ الجامع الصغير قال المصنفّ (و هو الصحيح) أي قوله اشترى أحد الثوبين هو الصحيح (لأن المبيع فى الحقيقة أحدهما و الآخر أمانة و الأول) هو قوله ثوبين (تجوز) يعني مجاز لأن المشتري أحد الثوبين فكان من قبيل إطلاق الكل على البعض (و استعارة و لو هلك (٢) أحدهما) أي أحد

(١)و ذكر الكرخيّ الخ. و فى فتح القدير ص٥٢٢ ج٥. و اذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الأرفق و الأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشترى لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق و الأرفق لأن المبيع كان معه قبل البيع و هو أدري بما لاءمه منه فيرد جانب البائع إلى القياس فلهذا نص فى المجرد على أنه لا يجوز فى جانب البائع و ذكر الكرخيّ أنه يجوز استحساناً لأنه بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط و أنت عرفت الفرق انتهى. قال العلامة ابن نجيمّ فى البحر الرائق ص٣٥ ج٦. (قول صاحب الكنزّ و صح خيار التعيين فيما دون الأربعة) أطلقه فشمل ما اذا كان للبائع أو للمشتري و هو المذكور فى المأذون و هو الأصح ذكره فى شرح التلخيص و فى جامع الفصولين يجوز خيار التعيين في جانب البائع كما يجوز في جانب المشترى اه و فى الظهرية و للبائع أن يلزم أيهما شآء على المشترى فان هلك أحدهما فى يد البائع فله أن يلزمه الباقى لا الهالك و لو حدث فى أحدهما عيب فى يد البائع فله أن يلزمه السليم و ليس له أن يلزمه المعيب إلا برضا المشترى فان ألزمه المعيب و لم يرض به ليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك و لو قبضهما المشترى و خيار التعيين للبائع فهلك قالبيان بحاله اه. (٢)و لو هلك الخ. قال العلام ابن الهمام فى فتح القدير ص٥٢٤ ج٥. (قوله و لو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه و تعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعييب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعييب. فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد أن قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذى حدث فيه عنده و تقدم أن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شيء لانه تعين انه أمانة أما لو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع و المشترى بالخيار ان شآء أخذ الباقى بثمنه و ان شاء ترك و لو هلك الكل قبل القبض بطل البيع (و لو هلكا معا) بعد القبض (لزمه نصف ثمن ==>

أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه و تعين الآخر للأمانة لامتناع

الثوبين (أو تعيب لزمه البيع فيه) أي في الهالك أو المتعيب (بثمنه) الذي وقع عليه العقد (و تعين الآخر) أي الثوب الآخر (للأمانة) لأنه إنما اشترى أحدهما لا غير و إنما قبض الآخر ليرد على البائع فيبقى الآخر أمانة لأنه قبضه بإذن البائع لا على حرمة البيع فلم يلزمه شيء بسببه (لامتناع

=> كل واحد منهما لشيوع البيع و الامانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر و كذا اذا هلكا على التعاقب و لم يدر السابق منهما و أثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا و كذا اذا هلكا على التعاقب فاختلفا في الهالك أولا فادعى البائع انه أكثرهما ثمنا و قال المشترى الاقل فان القول قول المشترى مع يمينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و كان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولا يتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الآخر و ان حلفا يجعل كأنهما هلكا معا ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد رحمه الله تعالى و أيهما بين قبل فان أقاماها قضى ببينة البائع لاثباتها الزيادة و لو تعيبا معا بطل خيار الشرط و امتنع عليه ردهما و خيار التعيين على حاله فيمسك أيهما شاء بثمنه و يرد الآخر و لا يغرم من قيمة عيب المردود شيئا استحسانا لان المعيب محل لابتداء البيع أيضا بخلاف الهالك ليس محلا لابتدائه فليس محلا لتعيينه و لو كان البيع فاسدا فقبضهما فاحدهما مضمون عليه بالقيمة و الآخر أمانة و لو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فانه يضمن نصف ثمن كل فان قيل من أين يتعين الميعب للبيع دون الامانة و أحدهما لا على التعين مبيع كما ان أحدهما لا على التعيين أمانة و امتناع الرد للعيب المعلل به فرع اعتبار أنه هو المبيع و فيه التحكم اذ اعتبار أنه المبيع ليس باولى من اعتباره الامانة أجيب بان اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث و هو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضي عبد الغني في مختلفاته و أما عدم الضمان على الأمين فباستصحاب الحال فان قيل لم لم يضمن الآخر اذا هلك ثانيا باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء الجواب بمنع أنه كتلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لاحدهما و ليس هنا شيء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا ينجز فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعا و أحدهما غير عين أمانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للامانة فان قيل لأى شيء انعكس حكم طلاق احدى الزوجتين و عتق أحد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق و العتاق الباقي لا الهالك و هنا يتعين الهالك للبيع أجاب على القمي بانه لا فرق في الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها غير أنه اذا هلك كل من الزوجة و العبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق و العتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للامانة و أنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لأى شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي و هناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الأحد الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق و هو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد بالوجه الذى قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقي للضرورة و حين أشرفت الزوجة و العبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للطلاق و العتاق و هو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة و هذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يمتنع عليه رد الآخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فيهما فاذا تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام و هنا العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما انتهى.

الرد بالتعيب و لو هلكا جميعاً معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع و الامانة فيهما و لو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً و لو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط و لهذا لا يتوقت في حق الوارث فأما خيار الشرط لا يورث و قد ذكرناه من قبل و من اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى (١) جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ما ثبت (٢) إلا لدفع ضرر الجوار و ذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً

الرد بالتعيب) تعليل لقوله أو تعيب (و لو هلكا) أي الثوبان (جميعاً معاً يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع و الأمانة فيهما) أي في الثوبين و قيد بقوله معاً لما أنهما لو هلكا على التعاقب يتعين الأول للبيع إذا علم السابق و إذا لم يدر السابق لزمه ثمن نصف كل واحد منهما كما لو هلكا معا. (و لو كان فيه) أي في هذا البيع (خيار الشرط له أن يردهما جميعاً) لأنه أمين في أحدهما فيرده بحكم الأمانة و في الآخر مشتر بشرط الخيار فيتمكن من رده كذا في المبسوط (و لو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين) لأن خيار الشرط بطل بموت من له الخيار (للاختلاط) أي لأجل اختلاط ملكه بملك الغير (و لهذا) أي و لأجل أن الباقي خيار التعيين (لا تتوقف في حق الوارث) لأنه لم يثبت له بسبيل الإرث بل لاختلاط ملكه بملك الغير فلو كان الباقي خيار الشرط لردهما الوارث جميعاً. (فأما خيار الشرط و قد ذكرناه من قبل) يعني عند قوله و إذا مات من له الخيار بطل خياره (و من اشترى (٣) داراً على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) أي الأخذ بالشفعة رضا (لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها) أي في الدار التي اشتراها بالخيار (لانه) (٤) أي لان طلب الشفعة (ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار و ذلك) أي دفع ضرر الجوار (بالإستدامة) أعني باستدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار. (فيتضمن ذلك) أي اختيار الملك (سقوط الخيار سابقاً) أي على طلب الشفعة (فيثبت (٥) الملك من وقت الشراء فيتبين (٦) أن الجوار كان ثابتاً) عند بيع الدار الثانية و هو موجب الشفعة

---

(١) إلى جنبها –ن– بجنبها. (٢) ما ثبت –ن– ما ثبتت. (٣) و من اشترى دارا إلى قوله على اختياره الملك. أقول لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها بها فليتأمل و الظاهر أن المراد بالأخذ القرب منه بطلبه كذا في السعدية. (٤) لأنه الخ. و في فتح القدير (لأنه) أي الشان (ماثبتت) الشفعة. (٥) فيثبت الملك من وقت الشراء. أقول انما قال من وقت الشراء اذ لا مرجح لا ثبات الملك في الأوقات التي بعده حتى يتعين له. كذا في السعدية. (٦) فيتبين الخ. و في الكفاية ص ٥٢٦ ج٥. فان قيل لو كان هذا بطريق الاستناد لصح الأخذ بالشفعة =>

و هذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى خاصة. قال و إذا اشترى الرجلان غلاماً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا له أن يرده و على هذا الخلاف خيار العيب و خيار الرؤية لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه و له

(و هذا التقرير) الذي ذكره من قوله لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك إلى آخره (يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى خاصة) إنما قال خاصة لان عندهما يدخل المبيع في ملك المشتري فلا يحتاج إلى التقرير الذي يؤدي إلى اختيار الملك قال الإمام السرخسيّ (١) أما وجوب الشفعة فظاهر على مذهبهما لأنه مالك للدار المبيعة و أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلأنه صار أحق بالتصرف فيها و ذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين أو المكاتب فإنهما يستحقان الشفعة و إن لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فالمشترى هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا اشترى (٢) الرجلان غلاماً على أنهما بالخيار فرضي (٣) أحدهما فليس (٤) للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (له أن يرده و على هذا الخلاف خيار العيب و خيار الرؤية) و قال صاحب الخطر و المختلف إذا اشتريا غلاماً ليس لاحدهما أن يرده بخيار الرؤية أو بخيار العيب بدون صاحبه قبل القبض و بعده على الخلاف المذكور و قال الفقيه أبو الليثّ في شرح الجامع الصغير رجلان اشتريا غلاماً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في قولهما له ذلك (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن إثبات الخيار لهما) أي للرجلين المذكورين (إثباته) أي إثبات الخيار (لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه) في الخيار. (و له) أي

=> للمشترى اذا كان الخيار للبائع قلنا المشترى بشرط الخيار له ولاية اثبات الملك باجازة البيع و لا يتوقف على فعل غيره و لا كذلك اذا كان الخيار للبائع و اعتبره بالاعتاق فانه ينفذ من المشترى. اذا كان الخيار له و اذا كان للبائع لا ينفذ إعتاق المشترى. (١)قال الامام السرخسيّ الخ. كذا في العناية و الكفاية ص٥٢٦ ج٥ و راجع المبسوط للسرخسيّ بالخيار في الشفعة ص١٤٢ ج١٤. (٢)اذا اشترى الرجلان الخ. أقول قيد الاشتراء اتفاقي اذ لو باعا ليس لأحدهما الانفراد إجازة أو ردا لما في الخانية رجل اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على أن البائعين بالخيار فرضى أحدهما بالبيع و لم يرض الآخر لزمهما بالبيع في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى اه كذا في البحر ص٣٨ ج٦. (٣)فرضى أحدهما الخ. أقول قيد الرضا أيضا اتفاقي اذ لو رد أحدهما لا يجيزه الآخر و لم أر صريحا و لكن قولهم لو رده أحدهما لرده معيبا يدل عليه كذا في البحر ص٣٨ ج٦. (٤)فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. أقول لقائل أن يقول لم لم يذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى أنه اذا رد أحدهما فليس للآخر أن يرضى و ما الذى يترجح به جهة الرضا على الرد كذا في السعدية.

ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيباً به و فيه إلزام ضرر زائد و ليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد. قال و من باع عبداً على أنه خباز أو كاتب

و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن المبيع خرج عن ملكه) أي عن ملك البائع (غير معيب بعيب الشركة) لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فإن البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء و بعده إذا أراد البعض لا يتمكن إلا مهاياة و الخيار يثبت نظراً لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره (فلو رده أحدهما رده معيبا به و فيه إلزام ضرر زائد) و قيد (١) الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا أيضاً للراد لكن لما لم يكن من الغير بل لعجزه عن إيجاد الشرط الرد كان دون الاول فإن الضرر الحاصل من الغير اقطع و أفجع من الحاصل من نفسه فإن (٢) قيل بيعه منهما رضا منه لعيب التبعيض أجيب بأنه إن سلم فهو رضاً به في ملكهما لا في ملك نفسه فإن (٣) قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق (٤) الملك إنما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشترى برد نصفه و المشترى إذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فإذا امتنع ظهر عمله. (و ليس من ضرورة اثبات الخيار لهما) جواب (٥) لهما و تقريره أن اثبات الخيار لهما ليس من ضرورته (الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد) أي اجتماع الشريكين يعني لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى في غير رواية الاصول انه لو رد أحدهما يؤمر الآخر برده لانه لو امتنع عن الرد كان فيه ابطال حق الآخر و ليس له ذلك لان الخيار بشرط الرد و قد اشترطا كذا في جامع الاسبيجابى. (قال) أي القدوريّ (و من باع عبداً على أنه خباز أو كاتب) أي (٦) عبد حرفته

---

(١)قيد الضرر الخ كذا فى العناية ص٥٢٧ ج٥. (٢)فان قيل الخ كذا فى العناية و الكفاية و فتح القدير. (٣)فان قيل الخ. كذا فى الشروح الثلاثة. (٤)لأن تفرق الملك الخ. أقول إن أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك و إن أراد تفرقه بين البائع و الراضى فلا نسلم أنه بالعقد بل بفعل المشترى كذا فى السعدية. (٥)جواب الخ. كذا فى العناية. (٦)أي عبد حرفته الخ. لأنه لو فعل هذا الفعل أحيانا لا يسمى خبازا و فى الذخيرة قال محمد رحمه الله تعالى فى الزيادات فان قبضه المشترى فوجده كاتبا أو خبازا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد لا النهاية فى الجودة و معنى أدنى ما ينطلق عليه الاسم أن يفعل ذلك ما يسمى به الفاعل خبازاً أو كاتبا لأن كل واحد لا يعجز فى العادة من أن يكتب على وجه تتبين حروفه و أن يخبز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه و بذلك لا يسمى خبازا و لا كاتبا اه كذا فى البحر ص٢٦ ج٦.

و كان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن و إن شاء ترك لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق فى العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه و هذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة و الأنوثة فى الحيوانات و صار كفوات وصف السلامة.

الخبز أو الكتابة (و كان بخلافه) أي ظهر انه ليس بخباز أو ليس بكاتب (فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن و ان شاء (١) ترك) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول (لأن هذا وصف مرغوب فيه) و هو ظاهر و هو (٢) احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على أنه أعور فإذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار (فيستحق) أي الوصف المرغوب فيه (في العقد بالشرط ثم فواته) أي فوات الوصف المرغوب فيه. (يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه) أي ما رضي بالمبيع بدون الوصف المرغوب فيه و ينقض (٣) بما اذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فإن البيع فيه فاسد و الوصف مرغوب فيه و أجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول و ضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولاً و لهذا اذا شرطا أنها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوي سلمناه و لكنه مجهول ليس فى وسع البائع تحصيله و لا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فإن له أن يأمره بالخبز و الكتابة فيظهر حاله. (و هذا) أي الاختلاف فى الوصف بكونه خبازا أو غير خباز و بكونه كاتباً أو غير كاتب (يرجع الى اختلاف النوع) يعني بمنزلة الإختلاف في النوع حتى لا يفسد العقد بل يكون للمشتري الخيار (لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة و الانوثة في الحيوانات) كما اذا اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي حمل و قيد فيه بالحيوان لان فى بني آدم يورث اختلاف الجنس لفحش التفاوت كما اذا باع عبداً فإذا هي جارية و يفسد به العقد. (و صار كفوات وصف السلامة) أي صار فوات الخبز و الكتابة فيما إذا اشترى على أنه خباز أو كاتب فوجده بخلافه كفوات وصف السلامة فيما اذا اشترى على انه سليم فوجده معيباً فثمة له ولاية الرد فكذا ههنا و الحاصل (٤) أن الاختلاف بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعاً الى الجنس كما في بيع عبد و ظهر أنه جارية فيفسد به العقد و ان كان مما لا يوجب كان راجعا الى النوع كما فى شراء نعجة فظهر أنها حمل فلا يفسد العقد

---

(١)و إن شآء ترك. و فى فتح القدير ص٥٢٨ ج٥. و لو مات هذا المشترى انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لأنه فى ضمن ملك العين. (٢)و هو احتراز الخ. كذا فى العناية. (٣)و ينقض الخ. كذا فى العناية ص٥٢٨ ج٥. (٤)و الحاصل الخ نحوه فى العناية.

....

لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة و في (١) الذخيرة و لو امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن فيقوم العبد كاتباً و غير كاتب و ينظر الى تفاوت ما بين ذلك فيرجع بالتفاوت فان كان بقدر العشر يرجع بعشر الثمن و روى الحسنؒ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يرجع ههنا بشيء و لكن المذكور في ظاهر الرواية أصح و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى لان البائع عجز عن تسليم وصف السلامة كما فى المعيب و لو وقع الاختلاف بين المشترى و البائع فى هذه الصور بعد ما مضى حين من وقت المبيع فقال المشترى لم أجده كاتباً و قال البايع إنى سلمته إليك كذلك و لكنه نسي عندك و قد ينسى في تلك المدة فالقول للمشترى لأن الإختلاف وقع فى وصف عارض إذ الأصل عدم الكتابة و الخبز قال الله تعالى ﴿و الله أخرجكم من بطون امهاتكم لا تعلمون شيئاً (٣)﴾ و لو اشترى (٤) بقرة على أنها حبلى فولدت عنده و شرب اللبن

(١)و فى الذخيرة الخ. كذا فى البحر ص٢٦ ج٦. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالي الخ. كذا فى فتح القدير ص٥٢٩ ج٥. (٣)شيئاً النحل:٧٨. (٤)و لو اشترى الخ. قال العلامة ابن نجيم الحنفىؒ فى البحر ص ٣٩ ج٦ و فى تلخيص الجامع من باب الاقرار بالعيب لو باعه ثوبا على أنه هروى ثم اختلفا فى كونه هرويا فالقول للبائع لان البائع لما قال بعتكه على انه هروى فقبل المشترى صار كانه أعاد ما فى الايجاب فصار كانه قال اشتريته على انه هروى فكان مقرا بكونه هرويا فدعواه بعد خلافه تناقض بخلاف ما اذا قال بعتكه على انه كاتب فقبل فالقول للمشترى لان الاختلاف فيه في المقبوض و تمامه فى شرحه للفارسي و فى النوازل اشترى جارية على انها عذراء فعلم المشترى انها ليست كذلك فان علم بالوطء فان زايلها عند علمه بلا لبث لم تلزمه و الا لزمته و لو اشترى بقرة على أنها حبلى فولدت عنده فشرب اللبن و أنفق عليها فانه يردها و الولد و ما شرب من اللبن و لا شيء له مما أنفق لان البيع وقع فاسدا فكانت فى ضمانه و النفقة عليه و لو اشترى شاة على انها نعجة فاذا هى معز يجوز البيع و له الخيار لان حكمهما واحد فى الصدقات و كذا لو اشترى بقرة فاذا هى جاموس و فى المجتبى عن جمع البخارى الاصل فيه ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا و ان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعقد فاسد و ان كان من جنسه فالعقد جائز ثم ان كان المشار اليه دون المسمى كان الخيار للمشترى و الا فلا و الثياب أجناس و الذكر مع الانثى فى بنى آدم جنسان حكما و فى سائر الحيوانات جنس واحد واذا كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فانما يتعلق العقد بالمسمى اذا لم يعلم المشترى به اما اذا علم به فالعقد يتعلق بالمشار اليه كمن قال بعتك هذا الحمار و أشار الى العبد فانه يصح و لو اشترى ثوبا على انه هروى فاذا هو بلخى فالبيع فاسد عندنا و كذا على انه أبيض فاذا هو مصبوغ أو على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران أو دارا على ان بنائها آجر فاذا هو لبن أو على ان لا بناء أو لا نخل فيها فاذا فيها بناء أو نخل أو أرضا على ان أشجارها كلها مثمرة فاذا فيها غير مثمر فسد البيع و لو اشترى جارية على انها مولودة الكوفة فاذا هى مولودة بغداد أو غلاما على انه تاجر أو كاتب أو غيره فاذا هو لا يحسنه أو على أنه فحل فاذا هو خصى أو على عكسه أو على أنها بغلة فاذا هو بغل أو على أنها ناقة فاذا هو جمل أو على أنها لحم معز فاذا هو لحم ضان أو على ان هذا الحيوان حامل فوجدها غير حامل جاز البيع و له الخيار و كذا فى أمثالها و لو اشترى على انه بغل فاذا هى بغلة أو حمار ذكر فاذا هو أتان أو جارية على انها رتقاء أو ثيب فوجدها خلاف ذلك الى خير جاز البيع =>

....

و أنفق عليها فإنه يردها و الولد و ما شرب من اللبن لأن البيع وقع فاسداً و كانت في ضمانه و النفقة عليه و لو اشترى شاة على انها نعجة فإذا هو معز يجوز و له الخيار لأن حكمهما واحد في الصدقات و كذا لو اشترى بقرة فإذا هي جاموس و لو اشترى جارية على أنها مولودة الكوفة فإذا هي مولودة

=> و لا خيار له فيه و لا في امثاله اذا وجده على صفة خير من المشروطة و لو باع دارا بما فيها من الجذوع و الابواب و الخشب والنخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشترى و في المحيط اشترى شاة أو ناقة أو بقرة على انها حامل فسد البيع الا في رواية الحسن و الاصح في الأمة جوازه أو على انها حلوب أو لبون أو على انها تحلب كذا أو تضع بعد شهر يفسد الى هنا كلام المعراج و ذكر بعضه في فتح القدير ثم قال و ينبغي في مسئلة البعير و الناقة أن يكون في العرب و البوادي الذين يطلبون الدر و النسل أما أهل المدن و المكارية فالبيعر أفضل اه و صحح قاضي خان انه لو باع جارية على انها حامل ان البيع جائز لانه بمنزلة شرط البراءة من العيب الا أن يكون في بلد يرغبون في شراء الجواري لاجل الاولاد و اختلفوا فيما اذا باع جارية على انها ذات لبن فقيل لا يجوز و الاكثر على الجواز و لو اشترى فرسا على انها هملاج جاز لان الهملاج لا يصير غير هملاج و في البدائع اشترى جارية على انها مغنية ان شرطه على وجه الرغبة فيه فسد البيع لكونه شرط ما هو محظور محرم و ان شرط في البيع على وجه التبرى من العيب لا يفسد فاذا لم يجدها مغنية لا خيار له لانه وجدها سالمة من العيب و لو باع جارية على انها ما ولدت فظهر انها ولدت فله ردها و لو اشترى ثوبا على انه مصبوغ بالعصفر فاذا هو أبيض جاز البيع و يخير بخلاف عكسه فانه يفسد و لو اشترى كرباسا على ان سداه الف فاذا هو ألف و مائة سلم الثوب الى المشترى لانه زيادة وصف و لو اشترى ثوبا على انه سداسي فاذا هو خماسي خير المشترى ان شاء أخذه بجميع الثمن و ان شاء ترك لانه اختلاف نوع لا جنس فلا يفسده و لو باع ثوبا على انه خز فاذا لحمته خز و سداه قطن جاز البيع لان السدى تبع للحمة و لو اشترى سويقا على ان البائع لته بمن من سمن و تقابضا و المشترى ينظر اليه فظهر انه لته بنصف من جاز البيع و لا خيار للمشترى لانه هذا مما يعرف بالعيان فاذا عاينه انتفى الغرور و هو كما لو اشترى صابونا على انه متخذ من كذا جرة من الدهن ثم ظهر انه متخذ من أقل من ذلك و المشترى كان ينظر الى الصابون وقت الشراء و كذا لو اشترى قميصا على انه اتخذ من عشرة أذرع و هو ينظر اليه فاذا هو من تسعة جاز البيع و لا خيار للمشترى و لو باع أرضا على انها غير خراجية فاذا هي خراجية فسد البيع و ينبغي أن يكون الجواب على التفصيل ان علم المشترى انها أرض خراج فسد البيع و ان لم يكن عالما بذلك جاز البيع و يخير المشترى اشترى قلنسوة على ان حشوها قطن فلما فتقها المشترى وجدها صوفا اختلفوا و الصحيح جواز البيع و الرجوع بالنقصان لان الحشو تبع و تغير التبع لا يفسد اه ما في الخانية و الهملاج قال في المصباح هملج البرذون هملجة مشى مشية سهلة في سرعة و قال في مختصر العين الهملجة حسن سير الدابة و كلهم قالوا في اسم الفاعل هملاج بكسر الهاء للذكر و الانثى بمقتضى ان اسم الفاعل لم يجيء على قياسه و هو مهملج اه اعلم ان اشتراط الوصف المرغوب فيه اما أن يكون صريحا أو دلالة لما في البدائع في خيار العيب و الجهل بالطبخ و الخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة الا أن يكون ذلك شرطا في العقد و ان لم يكن مشروطا في العقد و كانت تحسن الطبخ و الخبز في يد البائع ثم تسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها لان الظاهر انه انما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة و هو كالمشروط نصا اه و الله أعلم بالصواب و اليه المرجع و المآب.

و إذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف.

باب خيار الرؤية

قال و من (١) اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز

بغداد و اشترى غلاما على انه فحل فإذا هو خصي أو على عكسه أو على أنها بغلة فإذا هو بغل أو على أنها ناقة فإذا هو جمل أو على أنه لحم ضأن فوجده لحم معز أو على عكسه ففيها كلها له الخيار.

(و إذا أخذه) أي و إذا أخذ العبد الذي اشتراه على أنه خباز أو كاتب فظهر بخلافه (أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد) تدخل فيه من غير ذكر (على ما عرف) فيما تقدم.

(باب خيار الرؤية)

أي هذا باب في بيان خيار (٢) الرؤية و الإضافة فيه من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه و قال تاج الشريعةؒ من إضافة الحكم إلى سببه. (قال) أي القدوريؒ (و من اشترى شيئاً لم يره (٣) فالبيع جائز) صورته أن يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا و صفته كذا أو الدرة التي في كمي هذا و صفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة اما اذا قال او ما فى كمى بعت ما فى كمى هذه من شيء هل يجوز البيع لم يذكره في المبسوط قال عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى إطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا و بعضهم قال لا يجوز لجهالة المبيع و في المبسوط (٤) الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه و لا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع

(١) و من –ن– قال و من. (٢) خيار الرؤية الخ. و في فتح القدير ص ٥٣٠ ج٥. قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم و ذلك يمنع لزوم الحكم و اللزوم بعد التمام و الاضافة من قبيل اضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار و عدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية. (٣) لم يره. أي لم يره وقت العقد و لا قبله و المراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من أفراد المعنى المجاز ليشمل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك و ما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا و ما اشتراه الأعمى و في القنية اشترى ما يذاق فذاقه ليلا و لم يره سقط خياره كذا في البحر الرائق ص ٤٣ ج٦. (٤) و في المبسوط الخ. و في السقاية و ما في البناية نقلا عن المبسوط أن الاشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه و لا إلى مكانه لا يجوز بالاجماع ففيه أن ما ذكر في المعتبرات في باب الاعتكاف و يبيع و يشتري في المسجد بلا احضار المبيع يدل صريحا على أن حضور المبيع و الاشارة اليه وقت البيع ليس بشرط و الحق أنه لا بد من معرف يرفع الجهالة و لا يلزم الاشارة و لهذا قال في النهاية يعني شيئا مسمى موصوفا أو مشارا اليه أو إلى مكانه و ليس فيه غيره مسمى بهذا الاسم كذا في حاشية الهداية للعلامة اللكنوي رحمه القوي.

و له الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن و إن شاء رده. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح العقد أصلاً لأن المبيع مجهول و لنا قوله عليه الصلاة و السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه

ثم (١) خيار الرؤية لا يثبت الا في أربعة أشياء في الشراء و الإجارة و القسمة و الصلح عن دعوى المال على شيء بعينه. (و له الخيار إذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن و ان شاء رده. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح العقد أصلا لأن المبيع مجهول) لانه لم يعرف من المعقود عليه الا الاسم و في الدراية و عند الشافعي رحمه الله تعالى ان كان جنس المبيع معلوماً بأن قال بعتك ما في هذه الجوالق من الثياب فله قولان و ان لم يكن معلوماً بأن قال بعت ما في هذه الجوالق من الشيء فالبيع باطل عنده قولاً واحداً و في شرح الوجيز (٢) و الحلية بيع ما لم يره البائع و المشتري يصح في القديم و به قال أبو حنيفة و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و لا يصح في الجديد لأن المبيع مجهول و في الحلية يجوز بيع الغائب في القول المختار و هو قول عثمان و طلحة رضى الله تعالى عنهما و اختاره القفال و كثير من أصحابنا رحمهم الله تعالى. (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه) الحديث روي مرسلا و مسنداً فالمسند

---

(١) ثم خيار الرؤية الخ. كذا في البحر ص٤٢ ج٦ معزيا الى المعراج. و في الهندية ص٥٨ ج٣. و انما يثبت (خيار الرؤية) في كل عقد ينفسخ بالرد كالاجارة و الصلح عن دعوى مال و القسمة و الشراء و ما أشبه ذلك من العقود التي تنفسخ بالرد هكذا في شرح الطحاوي و لا يثبت في كل عقد لا ينفسخ بالرد كالمهر و بدل الخلع و بدل الصلح عن دم العمد و ما أشبه ذلك من العقود التي يكون المردود مضمونا بنفسه لا بما يقابله كذا في الذخيرة و في البحر ص ٤٤ ج٦. و في جامع الفصولين خيار الرؤية و خيار العيب لا يثبتان في البيع فاسد و في الجوهرة النيرة ص٢٣٧ ج١. خيار الرؤية ثبت حكما لا بالشرط. (٢) و في شرح الوجيز الخ. قال العلامة المحدث الفقيه النووي الشافعي في شرح المهذب ص ٣٠١ ج٩. (فرع) في مذاهب العلماء في بيع العين الغائبة قد ذكرنا أن أصح القولين في مذهبنا بطلانه و به قال الحكم و حماد رحمهما الله تعالى و قال مالك و أبو حنيفة و أحمد و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و جمهور الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعين و من بعدهم رحمهم الله تعالى يصح نقله البغوي و غيره عن اكثر العلماء رحمهم الله تعالى قال ابن المنذر فيه ثلاثة مذاهب مذهب الشافعي رحمه الله تعالى أنه لا يصح و الثاني يصح اذا وصفه و للمشترى الخيار اذا رآه سواء كان على تلك الصفة أم لا و هو قول الشعبي و الحسن و النخعي و الثوري و أبي حنيفة و غيره من أهل الرأي رحمهم الله تعالى و الثالث يصح البيع و للمشترى الخيار ان كان على غير ما وصف و إلا فلا خيار قاله ابن سيرين و أيوب السختياني و مالك و عبيد الله بن الحسن و أحمد و أبو ثور و ابن نصر رحمهم الله تعالى قال ابن المنذر و به أقول و راجع أيضا المغنى لابن قدامة الحنبلي ص ٧٤ ج٤.

....

أخرجه (١) الدار قطنيّ في سننه عن داهر بن نوح حدثنا عمر بن ابراهيم بن خالد الكردي حدثنا وهب اليشكرى عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه قال عمر الكرديّ و أخبرني فضيل بن عياض

(٢)أخرجه الدار قطنيّ في البيوع ص٤ ج٣ و البيهقيّ فيه باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ص٢٦٨ ج٥. و قال العلامة المحقق المحدث الفقيه ظفر أحمد العثمانيّ في إعلاء السنن ص٥٣ ج١٤.

باب خيار الرؤية

قال الدار قطني: حدثنا أبو بكر بن أحمد بن محمود بن خرزاد القاضى الأهوازى نا أحمد بن عبد الله ابن أحمد بن موسى عبدان نا داهر بن نوح نا عمر بن إبراهيم بن خالد نا وهب اليشكرى عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة قال قال: رسول الله ﷺ: من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه قال عمر: و أخبرنى فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن أبى هريرة قال: قال: رسول الله ﷺ بمثله قال عمر: و أخبرنى القاسم بن الحكم عن أبى حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة عن النبى ﷺ مثله عمر بن إبراهيم يقال له الكردى يضع الأحاديث و هذا باطل لا يصح. لم يروها غيره و إنما يروى عن ابن سيرين موقوفا من قوله انتهى و قال ابن القطان: فى كتابه: و الراوي عن الكردى داهر بن نوح و هو لا يعرف و لعل الجناية منه انتهى.

....

باب خيار الرؤية

قال العبد الضعيف: و الحديث جعله محمد بن الحسن معروفا لا يشك فيه عن النبى ﷺ كما سيأتى فخرج داهر و ابن إبراهيم من البين و ثبت أن للحديث أصلا أصيلا و إذا اشتهر الحديث و تلقته العلماء بالقبول استغنى عن الإسناد كما مر غير مرة ١٢ظ. و قال الدار قطني (٢٩٠) أيضا: حدثنا دعلج ابن أحمد ثنا محمد بن على بن زيد نا سعيد بن منصور نا إسمعيل بن عياش عن أبى بكر بن عبد الله بن أبى مريم عن مكحول رفع الحديث إلى النبى ﷺ قال قال: من اشترى شيئا فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه و إن شاء تركه قال أبو الحسن: هذا مرسل و أبو بكر بن أبى مريم ضعيف انتهى. قال ابن همام فى فتح القدير (٥-٥٣١): المرسل حجة عند أكثر أهل العلم و تضعيف ابن أبى مريم بجهالة عدالته لا ينفى علم غير المضعفين بها اه. أقول: لم أر من وثقه و الذين ضعفوه لم يقدحوا فى عدالته و لم يضعفوه بجهالة عدالته بل كل من ضعفه إنما ضعفه من جهة الحفظ. قال العبد الضعيف: كان أبو بكر من العباد و كان كثير البكاء. و كان أحد أوعية العلم قال الجوزجانى متماسك. و قال ابن عدى: احاديثه صالحة و لا يحتج به. كما فى الميزان (٢-٣٤٥) ١٢ظ. و قال الدار قطنى: (٢٩٠) حدثنا دعلج بن أحمد نا محمد بن على (بن زيد) نا سعيد (بن منصور) نا هشيم نا يونس عن الحسن و إسمعيل بن سالم عن الشعبى و مغيرة عن إبراهيم مثله سواء (يعنى مثل ما روى محكول عن النبى ﷺ) و قال الطحاوى: حدثنا ابو بكرة بكار بن قتيبة و محمد بن شاذان قالا: ثنا هلال بن يحيى بن مسلم قال ثنا عبد الرحمن بن مهدى عن رباح بن أبى معروف المكى عن أبى مليكة عن علقمة بن وقاص الليثى. قال: اشترى طلحة بن عبيد الله عن عثمان بن عفان مالا فقيل لعثمان: إنك قد غبنت و كان المال بالكوفة و هو مال آل طلحة الآن لها فقال عثمان: لى الخيار لأنى بعت ما لم أر. فقال طلحة: لى الخيار لأنى أشتريت ما لم أر فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة و لا خيار لعثمان انتهى. =>

....

....

المنقطع حجة ما لم يعارضه متصل

و قال أيضا و الآثار في ذلك قد جائت متواترة و إن كان أكثرها منقطعا فإنه منقطع لم يضاده متصل و قال أيضا: إن خيار الرؤية لم نوجبه قياسا و إنما وجدنا أصحاب رسول الله ﷺ أثبتوه و حكموا به و أجمعوا عليه و لم يختلفوا فيه و إنما جاء الاختلاف في ذلك ممن بعدهم فجعلنا ذلك خارجا من قول النبي ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا و علمنا أن النبي ﷺ لم يعن ذلك لإجماعهم على خروجه منه انتهى. قال العبد الضعيف: أما أثر علقمة بن وقاص الليثي فسنده متصل حسن فإن علقمة من الثانية ولد في عهد النبي ﷺ روى عن عمر و غيره من الصحابة رضي الله تعالى عنهم و روى ابن مندة بسند حسن عنه أنه قال: شهدت الخندق و كنت في الوفد الذين وفدوا على رسول الله ﷺ كما في التهذيب (٧-٢٨١) فروايته عن عثمان و طلحة متصلة حتما. و رجال الإسناد كلهم ثقات من رجال الجماعة غير أبي بكرة و هو ثقة مأمون كما مر غير مرة و غير هلال بن يحيي الرائي. و هو من كبار العلماء الحنفية من أصحاب أبي يوسف و زفر رحمهم الله تعالى. حدث عن أبي عوانة و ابن مهدى ذكره ابن حبان في الضعفاء كما في اللسان (٦-٢٠٢) و لكنه ثقة عندنا معشر الحنفية و لم ينفرد به بل رواه ابو قلابة عن عبيد الله بن عبد المجيد عن رباح بن أبي معروف به عند البيهقي (٥-٢٢٨) فالحديث حسن ١٢ظ. أقول: و قد وافق أبا حنيفة رحمه الله تعالى في هذه المسئلة أهل الحديث أيضاً حيث قال الشوكاني في رسالته المسماة بالدرر البهية: من اشترى شيئا لم يره فله رده إذا رآه و أقره عليه شارحه صاحب الروضة الندية. و استدل عليه بوجهين الأول أن فيه نوع غرر و هو جهل منه لأنه لو كان كما قال لكان هذا البيع من البيوع المنهية لنهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر فهذا يقتضي كونه منهيا عنه لا كونه مقتضيا للخيار فتدبر و الثاني أنه لا بد فيه من حصول المناط الشرعي و هو التراضي فإذا لم يرض المشتري بالبيع فقد فقد الرضا و عدم المصلحح. و هو فاسد أيضا لأن المناط الشرعي هو حصول التراضي عند العقد. فإذا حصل التراضي عند العقد و تم هو به فلا يضر عدم بقاءه و إلا لزم أن يتحقق الخيار في كل بيع إذا ندم المشتري سواء كأنه رآه أو لم يره. و لا يقول به أحد و الصحيح أن يقال: إن عدم الرؤية موثر في نقصان الرضا لا في انعدامه فمن جهة نفس وجود الرضا عند العقد تم العقد. و من جهة عدم تمامه كان العقد غير لازم. و قابلا للفسخ إلى أن يتم الرضا بالرؤية و هذا هو خيار الرؤية فثبت المدعي. و قال: إن بيع ما لم يره و شراءه باطل للنهي عن بيع الغرر و الجواب عنه أن الغرر أن يحتمل أن يكون و أن لا يكون و هذا ليس كذلك فهو ليس من بيوع الغرر. قلت: و أثر علقمة قد بلغ أبا حنيفة رحمه الله تعالى فاحتج به و رجع عن قوله أولا: للبائع الخيار إذا باع ما لم يره حين بلغه الحديث و قال: لا خيار للبائع كذا في المبسوط (١٣-٧١) و لا يخفى أن احتجاج المجتهد بحديث تصحيح له كما مر في الأصول و أيضاً فالحديث عن رسول الله ﷺ في ذلك عندنا من المشاهير صرح به في المبسوط أيضا (١٣-٢٩) و هو مقتضى قول الطحاوي: الآثار في ذلك قد جاءت متواترة و إن كان أكثرها منقطعا الخ. و قد مر. و قال محمد بن الحسن الإمام في الحجج له (٢٣٦) الحديث المعروف الذى لا يشك فيه عن النبي ﷺ و عليه أمور المسلمين إلى يومهم هذا في الآفاق أن رسول الله ﷺ قال: من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه. و قال أهل المدينة في الرجل يقدم له أصناف من البز فيحضره السوام و يقرأ عليهم بارنامجه و يقول: في كل عدل كذا و كذا ملحفة مصرية و كذا و كذا ريطه سابرية ذرعها كذا كذا =>

....

....

=> و يسمي أصناف البز لهم بأجناسه فيقول: اشتروا مني علي هذه الصفة فيشترون علي ما وصف لهم: ان ذلك لازم لهم إذا كان موافقا للبارنامجه الذى باعهم عليه و أن ما يجده موافقا للبارنامجه التسمية و أن الصفة لا تغني شيئا حتي يرى فإذا رأى فهو بالخيار إن شاء أخذ و إن شاء ترك و بذلك جاءت الآثار و عليه أمر الناس عامة. اه ملخصا. و فيه دلالة علي كون الحديث معروفا بالصحة غير مشكوك فيها عند أهل العراق و كونه مجمعاعليه عندهم فكفي بذلك حجة في الباب و في قول محمد رحمه الله تعالي: و عليه أمور المسلمين إلي يومهم هذا. و قوله: و عليه أمر الناس عامة تائيد لقول الطحاوىؒ: إن خيار الرؤية لم نوجبه قياسا و إنما وجدنا أصحاب النبي ﷺ أثبتوه و حكموا به و أجمعوا عليه. و لم يختلفوا فيه و إنما جاء الاختلاف في ذلك ممن بعد هم إلخ. فبطل قول بعض الأحباب إن دعوى الإجماع دعوى مجردة و قصة طلحة مع عثمان لا يدل علي الإجماع اه. قلت: و من أنباك أنه بني دعواه علي هذه القصة وحدها؟ و للطحاوىؒ أعرف الناس بمذاهب العلماء و أقوالهم و قد ادعي أن الصحابة لم يختلفوا في هذا الباب و إنما جاء الاختلاف ممن بعدهم و له سلف في ذلك من قول محمد بن الحسن الإمام المجتهد فمن رام تخطئته في ذلك فليرنا نصا من الصحابة رضي الله تعالي عنهم بخلافه و إلا فلا يلومن إلا نفسه. و أما قوله: و إن جاز للطحاوىؒ دعوى الإجماع بمثل هذه القصة فللخصوم أن يدعوه في خيار المجلس لأنه لم يعلم مخالف لابن عمر و أبي برزة في الصحابة رضي الله تعالي عنهم. اه فدليل علي قلة معرفته بأقوال الصحابة و التابعين و قد قدمنا خلاف عبد الله بن عمرو لابن عمر في المفارقة خشية أن يستقيله صاحبه و أن أثر أبي برزة لا حجة فيه للخصم لكونه قد أثبت الخيار مع قيام البائع من مجلس البيع إلي فرسه و نومه مع الجارية و روينا عن عمر أنه قال انما البيع عن صفقة أو خيار و هو حديث معروف مشهور عنه و عن شريح قال: إذا كلم الرجل بالبيع وجب عليه البيع و شريح من أجلة التابعين الذين كانوا ينازعون الصحابة في فتاواهم. فلا ينعقد إجماع الصحابة مع خلافهم. قال في شرح المذهب: و الصحيح المختار أن قول التابعي الذى نشأ في عصر الصحابة رضي الله تعالي عنه و صار من أهل الاجتهاد قبل إجماعهم لا ينعقد إجماعهم بدونه. و هذا قول أكثر أصحابنا و هو المنسوب إلي الحنفية و أكثر الحنابلة. و أكثر المتكلمين (١٠-٤٨) و قد مر عن الدار قطني أنه روى القول بخيار الرؤية عن الشعبي و عن الحسن و عن إبراهيم النخعي. و روى البيقهي في سننه حديث أبي حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله تعالي عنه مرفوعاً: من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه ثم تكلم في رفعه لأجل الكردى و قال: انما يروى عن ابن سيرين من قوله اه. (٥-٢٦٨) فلا حجة فيما رواه من طريق سعيد بن منصور عن هشيم: أنا يونس و ابن عون عن ابن سيرين أنه كان يقول إن كان علي ما وصفه له فقد لزمه لاختلاف أصحاب ابن سيرين عليه فثبت ما قاله الطحاوى و محمد بن الحسن: إن الصحابة رضي الله تعالي عنه و من عاصر هم لم يختلفوا و إنما جاء الاختلاف ممن بعدهم و ذهب الشافعي رحمه الله تعالي إلي عدم جواز بيع العين الغائبة. و في المحلي إذا وصف الغائب عن رؤية و خبرة و ملكه المشترى فأين الغرر؟ و لم يزل المسلمون يتبايعون الضياع في البلاد البعيدة بالصفة باع عثمان لطلحة أرضا بالكوفة و لم يرياه فقضي جبير بن مطعم أن الخيار لطلحة و ما نعلم للشافعي رحمه الله تعالي سلفا في منع بيع الغائب الموصوف و لا خلاف في اللغة أن ما في ملك بائعه فهو عنده و ما ليس في ملكه فليس عنده و إن كان بيده و في نوادر الفقهاء لابن بنت نعيم: أجمع الصحابة رضي الله تعالي عنهم علي جواز بيع الغائب المقدور علي تسليمه و أن لمشتريه خيار الرؤية إذا رآه. اه ملخصاً من الجوهر النقي (٥-٢٧٤).

....

عن هشام عن ابن سيرين عن ابى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ مثله قال عمرّ أيضا و أخبرني القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبى ﷺ مثله. و اما المرسل فرواه ابن ابى شيبةّ (١) فى مصنفه و الدار قطنيّ ثم البيهقيّ في سننيهما حدثنا اسماعيل بن عياش عن أبى بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبى ﷺ قال من اشترى الى آخره و زاد ان شاء اخذه و ان شاء تركه فإن قلت استدل الشافعي رحمه الله تعالى بأحاديث صحاح منها ما رواه (٢) مسلمّ عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ نهى عن بيع الغرر و منها ما رواه (٣) الأربعة رحمهم الله تعالى عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه قال عليه الصلاة و السلام له لا تبع ما ليس عندك و قال الترمذيّ هذا حديث حسن و منها ما رواه الأربعة رحمهم الله تعالى أيضا عن عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال لا يحل سلف و بيع و لا شرطان في بيع و لا ربح ما لم يضمن و لا بيع ما ليس عندك و قال الترمذيّ حسن صحيح و قالوا حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه الذي احتججتم به فيه عمر بن ابراهيم الكرديّ قال الدار قطنيّ (٤) هو يضع الأحاديث و هذا باطل لا يصح لأنه لم يروها غيره و إنما يروي عن ابن سيرينّ موقوفا من قوله و قال ابن القطانّ (٥) في كتابه و الراوي عن الكردي داهر بن نوح و هو لا يعرف و في المرسل أبو بكر بن أبي مريم قال الدار قطنيّ (٦) ضعيف قلت أما حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه فإن أبا حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى روياه بإسنادهما ذكره صاحب المبسوطّ و غيره من أصحابنا و هم ثقات و ذكر في المبسوط (٧) أيضاً أن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و عطاء و الحسن البصري

(١)ابن ابى شيبةّ فى البيوع فى الرجل يشترى الشىء و لا ينظر اليه الخ ص٧ ج٦ و الدار قطنيّ فيه ص٤ ج٣ و البيهقى فيه ص٢٦٨ ج٥. (٢)رواه مسلمّ فى البيوع باب بطلان بيع الحصاة و البيع الذى فيه غرر ص٢ ج٢ و ابوداودّ فيه باب فى بيع الغرر ص١٢٣ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء فى كراهية بيع الغرر ص١٤٧ ج١ و النسائيّ فيه بيع الحصاة ص٢١٦ ج٢ و ابن ماجةّ فى التجارات باب النهى عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر ص١٥٩. (٣)رواه الأربعة. أبو داودّ فى البيوع باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ص١٣٩ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء فى كراهية بيع ما ليس عنده ص١٤٨ ج١ و النسائيّ فيه بيع ما ليس عند البائع ص٢٢٤ ج٢ و ابن ماجةّ فى التجارات باب النهى عن بيع ما ليس عندك ص١٥٩. (٤)قال الدار قطنى فى البيوع ص٥ ج٣. (٥)قال ابن القطانّ الخ. كذا فى نصب الراية ص٩ ج٤. (٦)قال الدار قطنيّ فى البيوع ص٤ ج٣. (٧)ذكر فى المبسوط للسرخسيّ ص٦٩ ج١٣. و فى فتح القدير ص٥٣١ ج٥. و قد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصرى و سلمة بن المحبق و ابن سيرين رحمهم الله تعالى و هو رأى ابن سيرينّ أيضا.

و لأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضى إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه

و سلمة بن المجير رحمهم الله تعالى رووه مرسلا و هو حجة عندنا و الحديث الذي رواه العلماء الكبار رحمهم الله تعالى إذا كان في طريق من طرقه متهم لا يترك مع أن الطعن المبهم لا يقبل و عمل بهذا الحديث كثير من العلماء مثل مالك و أحمد و غيرهما رحمهم الله تعالى و في نوادر الفقهاء لابن بنت نعيمٍ أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على جواز بيع الغائب المقدور على تسليمه و أن لمشتريه خيار الرؤية إذا رآه فإن قيل بيع الآبق متفق على منعه فكذا الغائب قلنا لم يمتنع بيع الآبق لغيبته بل لتعذر تسليمه كالطير في الهواء و السمك في الماء و الجواب عن النهي عن بيع الغرر أنه لا يدري أيكون المبيع أم لا و يطلق على ما لا يقدر على تسليمه كذا قال أهل (١) اللغة و قال ابن حزمٍ في المحلى إذا وصف الغائب عن رؤية و خبرة و ملكه المشتري فأين الغرر و لم يزل المسلمون يتبايعون الضياع في البلاد البعيدة بالصفة باع عثمان لطلحة رضي الله تعالى عنهما أرضاً بالكوفة و لم يرياه فقضى جبير بن مطعم رضى الله تعالى عنه أن الخيار لطلحة رضي الله تعالى عنه و ما نرى للشافعي رحمه الله تعالى سلفا في منع بيع الغائب الموصوف و لا خلاف في اللسان أن ما في ملك بائعه فهو عنده و ما ليس في ملكه فليس عنده و إن كان في يده و الجواب عن حديث حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه أن المراد من قوله ما ليس عندك عدم الملك لأن تمام الحديث يدل على ذلك و تمامه قال سألت رسول الله ﷺ فقلت يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي ابتاع له من السوق ثم أبيعه منه قال لا تبع ما ليس عندك هكذا رواه الترمذيّ و غيره و في رواية النسائيّ أبيعه منه ثم ابتاعه له من السوق قال لا تبع ما ليس عندك. (و لأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده) أي لأن المشترى لو لم يوافقه المبيع بعد الرؤية يرد المبيع على بائعه بلا نزاع و إنما يفضي إلى المنازعة لو قلنا بانبرام العقد و لم نقل به (فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه) بأن (٢) اشترى ثوباً مشاراً إليه غير معلوم عدد ذرعانه

---

(١) قال أهل اللغة. و في لسان العرب مادة غرر ص١٣ ج٥. الغرر الخطر و نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر و هو مثل بيع السمك في المآء و الطير في الهواء و قيل بيع الغرر المنهى عنه ما كان له ظاهر يغر المشترى و باطن مجهول قال بيع الغرر أن يكون على غيره عهدة و لا ثقة قال الأزهريّ و يدخل في بيع الغرر البيوع المجهولة التي لا يحيط بكنهها المتبايعان حتى تكون معلومة اه ملخصا. (٢) بأن اشترى الخ. كذا في العناية ص٥٣١ ج٥. و فيه أيضا و عورض بأن المبيع نوعان بيع عين و بيع دين و طريقة المعرفة في الثاني هو الوصف و في الأول المشاهدة ثم ما هو طريق إلى الثاني اذا تراخى حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق إلى الأول و هو المشاهدة اذا تراخى فسد و أجيب بأن المعارضة ساقطة لأن السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لا فضاء الجهالة إلى المنازعة و ما نحن فيه ليس كذلك.

و كذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها و حق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث و لأن الرضاء

فانه يجوز لكونه معلوم العين و إن كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي إلى النزاع. (و كذا إذا قال رضيت) و في بعض النسخ قال و كذا إذا رضيت ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري يعني قال المشترى بعد تمام البيع رضيت بذلك البيع على أي وصف كان (ثم رآه له أن يرده) و هو ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و حكى في تتمتهم وجه آخر أنه ينفذ كما إذا اشترى على أن لا خيار (لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا) من الحديث الذي ذكره (فلا يثبت قبلها) أي فلا يثبت الخيار قبل الرؤية على تأويل المذكور لأن المعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط فإن قيل المذهب عندنا ان المعلق بالشرط يوجد عند وجوده و لا يلزم عدمه عند عدمه لجواز أن يوجد بعلة أخرى فكيف يصح قوله فلا يثبت قبله لأنه دعوى بلا دليل قلنا هذه وصية متلقاة من جهة صاحب الشرع فننتهي إلى ما أنهانا إليه و الشرع أثبت الخيار بالرؤية فلا يثبت قبلها و لو يثبت إنما يثبت بدليل آخر فمن ادعاه فعليه البيان كذا قيل فإن قيل يشكل بخيار العيب فإنه إذا قال رضيت به قبل أن رآه فلا خيار له قلنا سبب الخيار هناك العيب و هو موجود قبل العلم فيكون الخيار ثابتاً و لا كذلك هاهنا كما بينا فافترقا. (و حق الفسخ) هذا (١) جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله لأن الخيار معلق بالرؤية فلا يثبت قبله بأن يقال لما لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لماكان له حق الفسخ قبل الرؤية لأنه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقاً بها فلا يوجد قبلها فأجاب بقوله و حق الفسخ يعني يمكنه من الفسخ (بحكم أنه) أي أن العقد بخيار (عقد غير لازم) لأنه لم يقع منبرما فجاز فسخه لوهاء فيه ألا ترى أن كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة و العارية و الوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد و إن لم يكن له خيار لا شرطاً و لا شرعاً. (لا بمقتضى الحديث) أي لا للبناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث. قال (٢) الاكملُ و فيه (٣) نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار و الخيار (٤) معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لأن ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم (و لان (٥) الرضاء

---

(١)هذا جواب الخ. كذا فى العناية ص٥٣٢ ج٥. (٢)قال الأكملُ فى العناية ص٥٣٢ ج٥. (٣)و فيه نظر لأن عدم الخ. أقول بل ذلك لعدم وقوعه منبرما لوهاء فيه على ما فصله المجيب غاية ما فى البيان أن عدم الانبرام باعتبار أنه يثبت له الخيار عند الرؤية و هذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليتامل كذا فى السعدية. (٤)و الخيار الخ. أقول هذا أيضا ممنوع لما سيجيء أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر كذا فى السعدية. (٥)و لأن الرضاء الخ. يرد عليه البيع بشرط البراءة من العيوب فانه صحيح و قالوا انه رضى بجميع عيوبه الظاهرة و الباطنة =>

بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت.
قال و من باع ما لم يره فلا خيار له و كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب و خيار الشرط و هذا لأن لزوم العقد بتمام الرضاء زوالاً و ثبوتاً و لا يتحقق ذلك

بالشيء) جواب (١) آخر و تحقيقه أن رضى الشخص بالشيء (قبل العلم بأوصافه) أي قبل أن يعلم بأوصاف ذلك الشيء (لا يتحقق) لأن الرضاء استحسان الشيء و استحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور (فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت) لأنه فسخ لعدم الرضاء و هو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضاء لاستقباح الشيء و استقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضاء قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء حاجته إلى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقباح و ذكر في التحفة أن جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه لكن المشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياساً على الإجازة و قال بعضهم يصح دون الإجازة و هو (٢) مختار المصنف رحمه الله تعالى. (قال) أي القدوري (و من باع ما لم يره فلا خيار له) صورته ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية فلا خيار له و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه (٣) (و كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولاً له الخيار) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و قال في (٤) وجه لا ينعقد بيعه (اعتباراً) أي قياساً (بخيار العيب و خيار الشرط) أما خيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشترى بل إذا وجد البائع الثمن زيفاً فهو بالخيار إن شاء جوزه و إن شاء رده كالمشترى إذا وجد المبيع معيباً لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن و ينفسخ برد المبيع لانه أصل دون الثمن و أما خيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم. (و هذا) أي ثبوت الخيار للبائع (لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً) أي من حيث الزوال من جهة البيع في حق البائع (و ثبوتاً) أي من حيث الثبوت من جهة الشراء في حق المشتري (و لا يتحقق ذلك) أي الرضا

=> مع أنه لم يطلع عليها حتى لو إطلع على عيب باطني لا يعلمه إلا الأطباء لا يملك رده فجاز تحقق الرضا قبل العلم و الرؤية كذا في البحر الرائق ص٤٤ ج٦. (١)جواب آخر الخ. كذا في العناية ص٥٣٣ ج٥. (٢)و هو مختار المصنف. و في البحر عن المحيط ص٢٩ ج٢ و هو الأصح و في الهندية ص٥٨ ج٣. و له أن يفسخ و ان لم ير عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى و هو الصحيح كذا في الفتاوى الصغرى. (٣)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و في شرح المهذب للنووي الشافعي ص٢٩٣ ج٩. و أما البائع ففيه ثلاثة أوجه أصحها لا خيار له سواء كان رأى المبيع أم لا لأن الخيار في جانبه تعبد و الثاني له الخيار في الحالين كالمشترى و الثالث له الخيار إن لم يكن رآه و به قطع الشيخ أبو حامد و متابعوه. (٤)و قال في وجه الخ. كذا في شرح المهذب ص٢٩٠ ج٩.

إلا بالعلم بأوصاف المبيع و ذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضياً بالزوال و وجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه و روى أن عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضى الله تعالى عنه

(إلا بالعلم بأوصاف المبيع و ذلك) أي العلم بأوصاف المبيع (بالرؤية) فإن بالرؤية يحصل الإطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضياً بالزوال) أي قبل الرؤية لعدم تمام الرضاء. (و وجه القول المرجوع إليه) و هو عدم الخيار (أنه) أي أن الخيار (معلق بالشراء لما روينا) من الحديث المذكور (فلا يثبت دونه) أي دون الشراء فإن (١) قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج إلى تمام الرضاء فيلحق به دلالة أجيب بأنهما ليسا بسيين فيه لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيراً مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه و البائع لو رد لرده باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبداً بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خياره و إذا لم يكن في معناه لا يلحق به فإن (٢) قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر و ههنا وجد القياس على المشترى أجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الإجماع باطل و الإجماع في قضية عثمان و طلحة رضى الله تعالى عنهما على ما ذكره بقوله (و روى أن عثمان رضى الله تعالى عنه) و هو عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه (باع أرضاً بالبصرة) أي كانت الأرض بالبصرة و عثمان رضى الله تعالى عنه بالمدينة (من طلحة (٣) بن عبيد الله رضى الله تعالى عنه) التيمي أحد العشرة المبشرة

---

(١)فان قيل الخ. كذا فى العناية ص ٥٣٤ ج٥. (٢)فان قيل الخ. كذا فى العناية. (٣)طلحة رضى الله تعالى عنه الخ قال الحافظ شهاب الدين ابن حجر العسقلانى الشافعيّ فى الاصابة فى تمييز الصحابة ص٢٢٩ ج٢. ٤٢٦٦ (طلحة) بن عبيد الله بن عثمان بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لوى بن غالب القرشى التيمى أبو محمد أحد العشرة واحد الثمانية الذين سبقوا الى الاسلام واحد الخمسة الذين أسلموا على يد أبى بكر و أحد الستة أصحاب الشورى رضى الله تعالى عنهم. روى عن النبى ﷺ و عنه بنوه يحيى و موسى و عيسى بنو طلحة و قيس بن أبى حازم و أبو سلمة بن عبد الرحمن و الاحنف و مالك بن أبى عامر و غيرهم و أمه الصعبة بنت الحضرمى امرأة من أهل اليمن و هى أخت العلاء بن الحضرمى و اسم الحضرمى عبد الله بن عماد بن ربيعة و كان عند وقعة بدر فى تجارة فى الشام فضرب له النبى ﷺ بسهمه و أجره و شهد أحدا و أبلى فيها بلاء حسنا و وقى النبى ﷺ بنفسه و اتقى النبل عنه بيده حتى شلت أصبعه و اخرج الزبير بن بكار من طريق اسحاق بن يحيى عن عمه موسى بن طلحة قال كان طلحة أبيض يضرب الى الحمرة مربوعا الى القصر أقرب رحب الصدر بعيد ما بين المنكبين ضخم القدمين اذا التفت التفت جميعا قال الزبير حدثنى ابراهيم بن حمزة عن ابراهيم بن بسطام عن محمد بن ابراهيم بن الحارث قال مر رسول الله ﷺ فى غزوة ذى قرد على ماء يقال له بيسان مالح فقال هو نعمان و هو طيب =>

....

....

=> فغير اسمه فاشتراه طلحة ثم تصدق به فقال رسول الله ما أنت يا طلحة الا فياض فبذلك قيل له طلحة الفياض و يقال ان سبب اسلامه ما أخرجه ابن سعد من طريق مخرمة بن سليمان عن ابراهيم بن محمد بن طلحة قال قال طلحة حضرت سوق بصرى فاذا راهب في صومعته يقول سلوا أهل هذا الموسم أفيهم أحد من أهل الحرم قال طلحة نعم أنا فقال هل ظهر أحد قلت من أحمد قال ابن عبد الله بن عبد المطلب هذا شهره الذى يخرج فيه و هو آخر الانبياء و مخرجه من الحرم و مهاجره الى نخل و حرة و سباخ فاياك أن تسبق اليه فوقع في قلبي فخرجت سريعا حتى قدمت مكة فقلت هل كان من حدث قالوا نعم محمد الأمين تنبأ و قد تبعه ابن أبي قحافة فخرجت حتى اتيت أبا بكر فخرج بي اليه فاسلمت فاخبرته بخبر الراهب و قال الواقدى كان طلحة بن عبيد الله آدم كثير الشعر ليس بالجعد و لا بالسبط حسن الوجه دقيق العرنين اذا مشى اسرع و كان لا يغير شيبه و ذكر الزبير بسند له مرسل أن النبي ﷺ لما آخى بين أصحابه بمكة قبل الهجرة آخى بين طلحة و الزبير و بسند آخر مرسل أيضا قال آخى النبي ﷺ بين المهاجرين و الانصار لما قدم المدينة فآخى بين طلحة و أبي أيوب و أخرج الترمذى و أبو يعلى من طريق محمد بن اسحق حدثني يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن أبيه عن عبد الله بن الزبير سمعت رسول الله ﷺ يقول يومئذ أوجب طلحة حين صنع يوم احد ما صنع قال ابن اسحق و كان رسول الله ﷺ يوم أحد نهض الى صخرة من الجبل ليعلوها و كان قد ظاهر بين درعين فلما ذهب لينهض لم يستطع فجلس تحته طلحة فنهض حتى استوى عليها لفظ أبي يعلى و اخرجه يونس بن بكير في المغازى و لفظه عن الزبير قال رأيت رسول الله ﷺ حين ذهب لينهض الى الصخرة و كان قد ظاهر الى آخره فقال أوجب طلحة و أورد الزبير بسند له عن ابن عباس قال حدثني سعد بن عبادة قال بايع رسول الله ﷺ عصابة من أصحابه على الموت يوم احد حين انهزم المسلمون فصبروا وجعلوا يبذلون نفوسهم دونه حتى قتل منهم من قتل فعد فيمن بايع على ذلك جماعة منهم أبو بكر وعمر و طلحة و الزبير و سعد و سهل بن حنيف و أبودجانة رضى الله تعالى عنهم و أخرج الدار قطنيّ في الافراد من طريق هشيم عن ابراهيم بن عبد الرحمن مولى آل طلحة و عن موسى بن طلحة عن أبيه أنه لما أصيبت يده مع رسول الله ﷺ وقاه بها فقال صرصر فقال لو قلت بسم الله لرأيت بناءك الذى بنى الله لك في الجنة و أنت في الدنيا قال تفرد به هشيم و هو من قديم حديثه و أخرج البخارى من طريق قيس بن أبي حازم قال رأيت يد طلحة شلاء وقى بها رسول الله ﷺ يوم أحد و قال ابن السكن يقال ان طلحة تزوج أربع نسوة عند النبي ﷺ أخت كل منهن أم كلثوم بنت أبي بكر أخت عائشة و حمنة بنت جحش أخت زينب و البارعة بنت أبي سفيان أخت أم حبيبة و رقية بنت أبي أمية أخت أم سلمة رضوان الله تعالى عليهم و قال يعقوب بن سفيان في تاريخه حدثنا الحميدى حدثنا سفيان عن عبد الملك و مجالد فرقهما عن قبيصة بن جابر صحبت طلحة فما رأيت رجلا أعطى لجزيل مال من غير مسألة منه و روى خليفة في تاريخه من طريق اسمعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم قال رمي طلحة رضى الله تعالى عنه يوم الجمل بسهم في ركبته فكانوا اذا أمسكوها انتفخت و اذا أرسلوها انبعثت فقال دعوها و روى ابن عساكر من طرق متعددة أن مروان بن الحكم رضى الله تعالى عنه هو الذى رماه فقتله منها و أخرجه أبو القاسم البغوى بسند صحيح عن الجارود بن أبي سبرة قال لما كان يوم الجمل نظر مروان الى طلحة رضى الله تعالى عنهما فقال لا أطلب ثأرى بعد اليوم فنزع له بسهم فقتله و أخرج يعقوب بن سفيان بسند صحيح عن قيس بن أبي حازم أن مروان =>

فقيل لطلحة رضى الله تعالى عنه انك قد غبنتفقال لى الخيار لأني اشتريت ما لم أره و قيل لعثمان رضى الله تعالى عنه إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله تعالى عنه فقضى بالخيار لطلحة رضى الله تعالى عنه

بالجنة رضى الله تعالى عنهم (فقيل لطلحة رضى الله تعالى عنه إنك قد غبنت) (١) على صيغة المجهول من الغبن بالغين المعجمة و سكون الباء يقال غبنته فى البيع أي خدعته (فقال لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره و قيل لعثمان رضى الله تعالى عنه إنك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم أره فحكما بينهما) بتشديد الكاف من التحكيم (جبير (٢) بن مطعم) بن عدي الصحابى المشهور رضى الله تعالى عنه (فقضى بالخيار لطلحة رضى الله تعالى عنه) هذا أخرجه الطحاويّ (٣) ثم البيهقيّ عن علقمة بن أبى وقاص رضى الله تعالى عنه أن طلحة رضى الله تعالى عنه اشترى

=> ابن الحكم رأى طلحة رضى الله تعالى عنهما فى الخيل فقال هذا اعان على عثمان رضى الله تعالى عنه فرماه بسهم فى ركبته فما زال الدم يسيح حتى مات أخرجه عبد الحميد بن صالح عن قيس و أخرجه الطبرانى من طريق يحيى بن سليمان الجعفى عن وكيع بهذا السند قال رأيت مروان بن الحكم حين رمى طلحة رضى الله تعالى عنهما يومئذ بسهم فوقع فى عين ركبته فما زال الدم يسيح الى أن مات وكان ذلك فى جمادى الاولى سنة ست و ثلاثين من الهجرة و روى ابن سعد أن ذلك كان فى يوم الخميس لعشر خلون من جمادى الآخرة و له أربع و ستون سنة. (١)غبنت الخ. و فى المنجد مادة غبن ص٥٤٤. غبن ـُ غبنا (بالفتح فالسكون) و غبنا (بفتحتين) هُ فى البيع أو الشراء: خدعه و غلبه || و– فلانا: نقصه فى الثمن وغيره، فهو غابن و ذاك مغبون– تغابن القوم: غبن بعضهم بعضا. الغبن (بفتحتين): الخديعة فى البيع و الشراء– الغبينة الخديعة– المغابنة: الغبن فى البيع. (٢)جبير بن مطعم رضى الله تعالى عنه الخ. و فى الاصابة ص٢٢٥ ج١. (١٠٩١) جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل بن عبد مناف القرشى النوفلى رضى الله تعالى عنه و أمه أم حبيب بنت سعيد و قيل ام جميل بنت سعيد بن عبد الله بن أبى قيس من بنى عامر بن لؤى كان من أكابر قريش و علماء النسب و قدم على النبى ﷺ فى فداء أسارى بدر فسمعه يقرأ الطور قال فكان ذلك أول ما دخل الايمان فى قلبى روى ذلك البخاريّ فى الصحيح و قال له النبى ﷺ لو كان أبوك حيا و كلمنى فيهم لوهبتهم له و أسلم جبير رضى الله تعالى عنه بين الحديبية و الفتح و قيل فى الفتح و قال البغويّ أسلم قبل فتح مكة و مات فى خلافة معاوية رضى الله تعالى عنه و قال ابن اسحاق أخبرنى يعقوب بن عتبة عن شيخ من الأنصار أن عمر رضى الله تعالى عنه حين أتى بنسب النعمان دعا بجبير بن مطعم رضى الله تعالى عنه و كان أنسب قريش لقريش و العرب قاطبة قال و قال جبير رضى الله تعالى عنه أخذت النسب عن أبى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه و كان أبو بكر رضى الله تعالى عنه أنسب العرب و روى عنه من الصحابة رضى الله تعالى عنهم سليمان بن صرد و عبد الرحمن بن أزهر رضى الله تعالى عنهما. مات سنة سبع أو ثمان أو تسع و خمسين انتهى ملخصا. و راجع أيضا الاستيعاب فى أسماء الأصحاب للفقيه الحافظ ابن عبد البر المالكيّ. (٣)أخرجه الطحاويّ فى شرح معانى الآثار فى البيوع باب تلقى الجلب ص١٨٦ ج٢ و البيهقيّ فى البيوع باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ص٢٦٨ ج٥. و قال العلامة العثمانيّ فى إعلاء السنن ص٥٠ ج١٤. قال العبد الضعيف أما أثر =>

و كان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ثم خيار الرؤية غير مؤقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله و ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم إن كان تصرفاً لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير

من عثمان رضى الله تعالى عنه مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت.. الحديث (و كان ذلك) أي حكم جبير بن مطعم رضى الله تعالى عنه كان بين عثمان و طلحة رضى الله تعالى عنهما (بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم) و لم ينكر عليه أحد من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم عنه فكان إجماعاً بينهم و لهذا رجع أبو حنيفة رحمه الله تعالى حين بلغه الخبر (ثم خيار الرؤية غير مؤقت) قيل إنه مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية و به قال بعض أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى حتى إذا وقع بصره عليه و لم يفسخ سقط حقه. و الأصح (١) ما قاله المصنفّ بقوله (بل يبقى) أي خياره (إلى أن يوجد ما يبطله لأنه ثبت حكما لانعدام الرضى فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضاء (و ما يبطل خيار الشرط) كلمة ما موصولة مبتدأ و يبطل بضم الياء من الإبطال صلة الموصول و خيار الشرط بالنصب مفعوله و كلمة من في قوله (من تعيب) للبيان أي من تعيب في المبيع الذي اشتراه بخيار الشرط (أو تصرف) (٢) أي في خيار الشرط و قوله (يبطل خيار الرؤية) خبر المبتدأ و صورة التعيب في خيار الشرط قد مضت هناك و أما التصرف في خيار الرؤية فعلى ضربين أشار إلى الأول بقوله (ثم إن كان) أي التصرف (تصرفاً لا يمكن رفعه) يعني بعد وقوعه (كالإعتاق) بأن أعتق عبده الذي اشتراه و لم يره. (و التدبير) بأن دبره قبل رؤيته و أشار إلى الثاني

=> علقمة بن وقاص الليثى رضى الله تعالى عنه فسنده متصل فان علقمة من الثانية ولد فى عهد النبى ﷺ روى عن عمر و غيره من الصحابة رضى الله تعالى عنهم و روى ابن مندة بسند حسن عنه أنه قال شهدت الخندق و كنت فى الوفد الذين وفدوا على رسول الله ﷺ كما فى التهذيب (ص ٢٨١ ج٧). فروايته عن عثمان و طلحة متصلة حتما و رجال الاسناد كلهم ثقات من رجال الجماعة غير أبى بكرة و هو ثقة مامون كما مر غير مرة و غير هلال بن يحيى الرائى و هو من كبار العلماء الحنفية من أصحاب أبى يوسف و زفر رحمهم الله تعالى حدث عن أبى عوانة و ابن مهدى ذكره ابن حبان فى الضعفاء كما فى اللسان (ص٢٠٢ ج٦). و لكنه ثقة عند نا معشر الحنفية و لم ينفرد به بل رواه أبو قلابة عن عبيد الله بن عبد المجيد عن رباح بن أبى معروف به عند البيهقى (ص٢٦٨ ج٥) فالحديث حسن، ١٢ ظ. (١)و الأصح الخ. و فى فتح القدير ص٥٣٤ ج٥. و المختار أنه لا يتوقت بل يبقى اه. و فى البحر ص٤٣ ج٦. و قيل يثبت الخيار له مطلقا نص عليه فى نوادر ابن رستمّ و ذكر محمد رحمه الله تعالى فى الأصل و هو الصحيح لإطلاق النص و العبرة لعين النص لا لمعناه. (٢)أو تصرف. و فى البحر ص٤٦ ج٦. و يرد عليه الاسكان بغير أجر فانه مبطل لخيار الشرط فقط مع أنه تصرف و فى جامع الفصولين لو أسكن المشترى فى الدار رجلا بلا أجر سقط خيار الشرط كما لو أسكن باجر و فى خيار الرؤية لا يسقط إلا أن أسكنه باجر اه ملخصا.

أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق و الرهن و الإجارة يبطله قبل الرؤية و بعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار و إن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار و المساومة و الهبة من غير تسليم لا يبطله إذا كان قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضاء

بقوله (أو تصرفاً) أي أو كان التصرف تصرفاً (يوجب حقاً للغير) و هذا هو الضرب الثاني (كالبيع المطلق) بأن باع الذي اشتراه و لم يره مطلقاً يعني بدون شرط الخيار (و الرهن) بأن رهن الذي اشتراه قبل الرؤية (و الإجارة) بأن آجره لأحد قبل رؤيته (يبطله) جواب قوله ثم إن كان الخ أي يبطل خياره للرؤية في الضرب الأول و الضرب الثاني و سواء في البطلان (١) (قبل الرؤية و بعدها لأنه لما لزم) أي هذا التصرف إما لعدم إمكان رفعه أو لكونه موجباً حقاً للغير (تعذر الفسخ فبطل الخيار) ضرورة عدم إمكان العمل بالنص و في شرح (٢) الأقطع لو عاد إلى ملكه بسبب كالرد بقضاء أو بفك الرهن أو بفسخ الإجارة لم يرد بخيار الرؤية لأنه بطل فلا يعود فإن (٣) قيل بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص لأنه أثبت الخيار إذا رآه قلنا ذاك فيما إذا أمكن العمل بحكم النص و هذه التصرفات مبنية على الملك و الملك ثابت فصحت هذه التصرفات بناء على قيام الملك و بعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة بطلان العقد و خيار الرؤية بالنص فيما إذا بقي حكم العقد كذا في الذخيرة. (و إن كان) أي التصرف (تصرفا لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار) بأن باع ما اشتراه قبل الرؤية بشرط الخيار (و المساومة) (٤) بأن عرضه على البيع (و الهبة من غير تسليم) بأن وهبه لشخص و لكن لم يسلمه للموهوب له (لا يبطله) جواب قوله و إن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير أي لا يبطل خيار الرؤية لكن ليس على الإطلاق بل إنما لا يبطله (إذا كان قبل الرؤية) أي رؤية الشيء الذي اشتراه. (لأنه) أي لأن هذا التصرف (لا يربو) أي لا يزيد (على صريح الرضاء) و صريح الرضاء لا يبطله قبل الرؤية و دليل الرضى

---

(١) البطلان قبل الرؤية. و في البحر ص٤٧ ج٦. و معنى بطلانه قبل الرؤية خروجه عن صلاحية أن يثبت له الخيار عندهما اه. و به اندفع ما يقال كيف قالوا ببطلان الخيار قبلها مع أنه معلق بها. (٢) و في شرح الأقطع الخ نحوه في البحر معزيا إلى المعراج ص٤٦ ج٦. و في الخانية ص٣٦٢ ج٢. فان باع بعد القبض قبل الرؤية ثم رد عليه بعيب بقضاء قاض أو بما هو فسخ من كل وجه أو فك الرهن أو انقضت الاجارة لا يعود خيار الرؤية هو الصحيح. (٣) فان قيل الخ. نحوه في الكفاية ص٥٣٥ ج٥. (٤) المساومة و في المغرب مادة سوم ص٤٢٣ ج١ سام البائع السلعة عرضها و ذكر ثمنها و سامها المشترى بمعنى استامها سوما (بالفتح فالسكون) و في السعدية عن الفوائد و قال العلامة الكاكيّ المساومة طلب البائع و المشترى لبيع سلعة.

و يبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء. قال و من نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة و كفلها فلا خيار له و الأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود و لو دخل في البيع أشياء فإن كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل و الموزون و علامته

أولى أن لا يبطل لأنه دونه (و يبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء) و في المجتبى (١) لا يطالب البائع المشتري بالثمن قبل الرؤية و لا يتوقف (٢) الفسخ على القضاء و رضاء البائع بل ينفسخ بمجرد قوله رددت سواء كان قبل القبض أو بعده لكنه لا يصح إلا بمحضر من البائع عند أبي حنيفة و محمد خلافاً لأبي يوسف رحمهم الله تعالى و ليس (٣) في الدراهم و الدنانير و الديون خيار الرؤية و لو تبايعا عيناً بعين فلهما الخيار و لو تبايعا عينا بدين فلمشترى العين الخيار (قال) أي القدوري (و من نظر إلى وجه الصبرة أو إلى وجه الجارية) ذكر الجارية وقع اتفاقاً فإن الحكم في الغلام كذلك و في الإيضاح و المعتبر في العبد و الأمة النظر (٤) إلى الوجه لأن سائر الأعضاء في العبيد و الجواري تبع للوجه ألا ترى أن القيمة تتفاوت بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء (أو إلى ظاهر الثوب مطوياً) أي أو نظر إلى ظاهر الثوب حال كونه مطويا (أو إلى وجه الدابة) أي أو نظر إلى وجه الدابة (و كفلها) أي و إلى كفلها (فلا خيار له) جواب من و ما بعدها. (والأصل في هذا) أي في اسقاط خيار الرؤية (أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره) (٥) أي لتعذر رؤية الجميع على تأويل المذكور و في بعض النسخ لتعذرها فلا يحتاج إلى التأويل (فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود) لحصول المقصود (و لو دخل في البيع أشياء) يعني متعددة من جنس واحد. (فإن كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل و الموزون) و العددي المتقارب و قيد بقوله لا تتفاوت آحادها لأنه إذا كان المكيل أو الموزون من أنواع مختلفة فخياره باق (و علامته) أي علامة

---

(١)و في المجتبى الخ. كذا في البحر معزيا إلى المعراج ص٤٢ ج٦. (٢)لا يتوقف الخ. نحوه في البحر معزيا إلى السراج الوهاج ص٤٢ ج٦. (٣)ليس في الدراهم الخ. و في الهندية ص٥٨ ج٣. و كما يثبت الخيار في المبيع للمشترى يثبت للبائع في الثمن اذا كان عينا كذا في فتاوى قاضي خان. و شرط ثبوت الخيار أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار كذا في البدائع. والمكيل و الموزون اذا كان عينا فهو بمنزلة سائر الأعيان و كذا التبر من الذهب و الفضة و الأواني و لا يثبت خيار الرؤية فيما ملك دينا في الذمة كالسلم و الدراهم و الدنانير عينا كان أو دينا و المكيل و الموزون اذا لم يكن معينا فهو بمنزلة الدراهم و الدنانير كذا في فتاوى قاضي خان. (٤)النظر الخ. و في الهندية ص٦٢ ج٣. و النظر إلى اكثر الوجه كرؤية جميعه كذا في السراج الوهاج. (٥)لتعذره عادة و شرعا و إلا لجاز أن ينظر عورة العبد و الأمة اللذين يريد أن يشتريهما كذا في فتح القدير.

أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار و إن كان يتفاوت آحادها كالدواب

الشيء الواحد الذي لا يتفاوت آحاده (أن يعرض بالنموذج) بفتح النون و الانموذج أيضا بضم الهمزة و هو تعريب نموذه كذا في المغرب (١) (يكتفي برؤية واحد منها) أي من هذه الأشياء المتعددة. (إلا إذا كان الباقي) من الذي ما رآه (أردأ مما رأى فحينئذ يكون له (٢) الخيار) أطلق المصنفؒ الخيار و في الينابيع يثبت له خيار العيب لا خيار الرؤية سواء كان في وعاء واحد أو أوعية مختلفة بعد أن يتحد الحكيل في الجنس و الصفة. و في جامع قاضي خان قال مشايخ بلخؒ برؤية أحد وعائين لا يبطل خياره و الصحيح أنه يبطل لأن رؤية البعض تعرف حال الباقي فإن تغير الباقي له أن يرده و في الذخيرة (٣) المكيل و الموزون يكتفي برؤية البعض إذا كان في وعاء و إن كانا في وعاءين فرأى ما في أحدهما اختلف المشايخؒ فيه قال مشايخ العراق رحمهم الله تعالى إذا رضي مما رأى يبطل خياره في المكيل إذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى أو فوقه أما إذا وجد دونه فهو على خياره و لكن (٤) إذا أراد الرد يرد الكل (و إن كانت تتفاوت آحادها كالدواب

---

(١)المغرب ص٣٦٨ ج٢. و في البحر: ص٤٨ ج٦: و في المصباح الأنموذج بضم الهمزة ما يدل على صفة الشيء و هو معرب و في لغة نموذج بفتح النون و الذال معجمة مفتوحة مطلقا و قال الصنعاني النموذج مثال الشيء الذي يعمل عليه و هو تعريب نموذه و قال الصواب النموذج لأنه لا تغيير فيه بزيادة اه. (٢)يكون له الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع و في الكافي اذا كان أردأ له الخيار لأنه انما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها و هذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية و هو مقتضى سوق كلام المصنفؒ و التحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب و هو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب و خيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب بل الدون و قد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال كذا في فتح القدير ص٥٣٨ ج٥. (٣)و في الذخيرة الخ. و في الخانية ص٣٦٣ ج٢. فان كان أشياء فهو على وجهين اما أن كان من العدديات المتفاوتة كالبطيخ و الرمان و السفرجل أو من العدديات المتقاربة كالجوز و اللوز و البيض و التفاح و الاجاص و المكيل و الموزون فان كان كيليا أو وزنيا في وعاء واحد أو لم يكن في وعاء واحد بل هو موضوع على الأرض فهو كشيء واحد اذا رأى منه حفنة أو اكثر و رضي به كان رؤية اذا كان غير المرئي مثل المرئي و ان كانت الحنطة أو الشعير في جوالقين أو الزعفران في سلتين أو الدهن في زقين اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى قال مشايخ بلخؒ ما كان في وعائين فهو بمنزلة شيئين مختلفين و قال مشايخ العراقؒ هما كشيء واحد و هكذا ذكر في عامة الروايات و هو الصحيح أن رؤية أحدهما كرؤيتهما جميعا و اتفقوا على أنهما كشيء واحد في حكم العيب و ان كان المبيع من العدديات المتفاوتة كالرمان و غير ذلك ما لم ير الكل لا يبطل خياره. و لو اشترى و قر بطيخ ما لم ير الكل لا يبطل خياره اذا كان البطيخ في غرارة و قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضلؒ اذا كان البطيخ نوعا واحدا فرأى البعض و رضي به بطل خياره و ان كان البطيخ في شريجة إن كانت الشريجة بحال يرى ما في داخلها بطل خياره انتهى ملخصا. (٤)لكن اذا أراد الخ. و في الهندية ص٦٤ ج٣: و هو الصحيح كذا في جواهر الأخلاطي.

و الثياب لا بد من رؤية كل واحد منها و الجوز و البيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخيّ و كان ينبغي أن يكون مثل الحنطة و الشعير لكونهما (١) متقاربة إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج و كذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم (٢) به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم

و الثياب لا بد من رؤية كل واحد منها) لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في آحاده (و الجوز و البيض من هذا القبيل) أي من قبيل ما تتفاوت آحاده لأنه يختلف بالصغر و الكبر (فيما ذكر الكرخيّ) و مال المصنفّ إلى أنه يكتفي برؤية واحد منها و لهذا قال (و كان ينبغي أن يكون) أي الجوز و اللوز (مثل الحنطة و الشعير لكونهما) أي لكون آحادهما أي آحاد الجوز و اللوز (متقاربة فيكتفي برؤية البعض عن الباقي و في المجرد (٣) هو الأصح (إذا ثبت هذا) أي ما ذكرنا من التفصيل و التقرير (فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج) و هو ظاهر (٤) مذهب الشافعي رحمه الله تعال و حكي عنه أنه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة بل لا بد من تقلبها ليعرف حال باطنها و المذهب المشهور هو الأول عنده. (و كذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم) و في

(١)لكونهما –ن– لكونها. (٢)يعلم به البقية –ن– يعلم البقية. (٣)و في المجرد الخ. و في الفتح و به صرح في المحيط و في المجرد هو الأصح. (٤)و هو ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله تعالى. و في شرح المهذب للنووي الشافعيّ ص٢٩٧ ج٩. (فرع) لو رأى بعض المبيع دون البعض و هو مما يستدل برؤية بعضه على الباقي صح البيع بلا خلاف قال أصحابنا رحمهم الله تعالى و ذلك كصبرة الحنطة تكفي رؤية ظاهرها و لا خيار له اذا رأى بعد ذلك باطنها إلا اذا خالف ظاهرها قال المتوليّ و حكى أبو سهل الصعلوكيّ قولا شاذا أنه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة بل يشترط أن يقلبها ليعرف باطنها و المذهب الأول و به قطع الأصحابّ و تظاهرت عليه نصوص الشافعيّ قال أصحابنا و في معنى الحنطة و الشعير صبرة الجوز و اللوز و الدقيق و نحوها فلو رأى شيئا منها في وعائه فرأى أعلاه أو رأى أعلى السمن و الزيت و الخل و سائر المائعات في ظروفها كفى ذلك و صح البيع و لا يكون بيع غائب. و لو كانت الحنطة في بيت مملوء منها فرأى بعضها من الكوة أو الباب كفى إن عرف سعة البيت و عمقه و إلا فلا و كذا حكم الحمد في المحمدة إن رأى أعلاه و عرف سعتها و عمقها صح البيع و إلا فلا. قال أصحابنا رحمهم الله تعالى و لا يكفي رؤية صبرة السفرجل و الرمان و البطيخ و نحو ذلك بل يشترط رؤية كل واحد منها قالوا و لا يكفي في سلة العنب و التين و الخوخ و نحو ذلك رؤية أعلاه لكثرة الاختلاف فيها بخلاف الحبوب و أما الثمره فان لم يلتزق بعض حباته ببعض فصبرته كصبرة الجوز و اللوز فيصح بيعها و ان التزقت كقوصرة التمر فوجهان حكاهما المتولي و آخرون رحمهم الله تعالى الصحيح الاكتفاء برؤية أعلاها و الثاني لا يكفي بل يكون بيع غائب و ذكر الماورديّ فيه طريقين من غير تفصيل اللازق و غيره أحدهما على قول بيع الغائب و أصحهما و قول جمهور الأصحاب يصح قولا واحدا و أما القطن في الأعدال فهل يكفي رؤية أعلاه فيه خلاف حكاه الصميريّ قال و الأشبه عندي أنه كقوصرة التمر و هذا هو الصحيح.

و الوجه هو المقصود في الآدمي

شرح المجمع (١) المسألة معروفة فى الثوب الذي لا يتفاوت ظاهره و باطنه حتى لو خالف لا بد من رؤية ظاهره و باطنه (و الوجه هو المقصود في الآدمي) أي العبد و الأمة حتى لو نظر إلى غيره لا يبطل خياره و عند الشافعي رحمه الله تعالى لا بد فى العبد من رؤية الوجه و الأطراف و لا يجوز رؤية العورة و في باقي البدن وجهان أظهرهما و هو المذكور في التهذيب أنه لا بد من رؤيته و في الأمة وجوه احدها يعتبر رؤية ما يرى من العبد و الثاني رؤية ما يبدو عند المهنة و الثالث يكفي

(١) و فى شرح المجمع الخ. و فى الهندية ص ٦٢ ج٣. و لو اشترى ثوبا واحدا فرأى ظاهره مطويا و لم ينشره فان كان ساذجا ليس بمنقش و لا بذى علم فلا خيار له و ان كان منقشا فهو على خياره ما لم ينشره و ير نقشه و ان لم يكن منقشا و لكنه ذو علم فرأى علمه فلا خيار له و ان لم ير علمه فله الخيار كذا فى البدائع. ثم قيل هذا فى عرفهم أما فى عرفنا فما لم ير باطن الثوب فلا يسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن و الظاهر فى الثياب وهو قول زفرؒ و فى المبسوط الجواب على ما قال زفرؒ كذا فى فتح القدير. و لا يكفى أن يرى ظهر الطنفسة ما لم ير وجهها و موضع الوشى منها و ما كان له وجهان مختلفان يعتبر رؤيتهما كذا فى الظهيرية. و قالوا فى البساط لا بد من رؤية جميعه كذا فى النهر الفائق و فى الوسادة المحشوة لو رأى ظاهرها فان كانت محشوة بما يحشى مثلها يبطل خياره و ان كانت محشوة بما لا يحشى مثلها فله الخيار كذا فى البحر الرائق ناقلا عن المعراج. و لو اشترى جبة مبطنة و رأى بطانتها فله الخيار اذا رأى ظهارتها سواء كانت البطانة مقصودة بأن كان عليها فرو أو لم تكن لأن الظهارة مقصودة بكل حال الا اذا كانت الظهارة غير مقصودة بأن كانت شيئا حقيرا و لو رأى ظهارتها فليس له الخيار اذا رأى بطانتها الا ان كانت البطانة مقصودة بأن كان عليها فرو كذا فى التتارخانية ناقلا عن البرهانية. و فى فتاوى النسفى اذا اشترى مكاعب و قد جعل وجوه المكاعب بعضها إلى بعض فنظر المشترى إلى ظهورها لا يبطل خيار الرؤية و لو نظر إلى وجوهها و لم ينظر إلى الصرم يبطل خيار الرؤية كذا فى الصغرى. و قيل ينبغى أن ينظر إلى الصرم فى زماننا لتفاوته و كونه مقصودا كذا فى فتح القدير. و فى تراب المعدن و تراب الصواغين يعتبر رؤية ما يخرج و لو اشترى سرجا بأداته و قبضه و لم ير اللبد ثم رآه فله أن يرد الكل و كذا الوحى بأداتها اذا لم ير شيئا مباينا منها ثم رآه فله الخيار كذا فى الظهيرية. و لو اشترى خفين أو مصراعين أو نعلين و رأى أحدهما كان له خيار الرؤية اذا رأى الباقى كذا فى فتاوى قاضى خان. و فى الفتاوى و اذا اشترى نافجة مسك و أخرج المسك منها فليس له أن يردها لرؤية أو عيب لأن الاخراج يدخل فيه عيبا حتى لو لم يدخل كان له أن يردها كذا فى الذخيرة. اشترى قوصرة سكر لم يره ثم أخرجه من القوصرة و غربله سقط خياره كذا فى البحر الرائق. و لو رأى ما اشتراه من وراء زجاجة أو فى مرآة و كان المبيع على شفا حوض فنظره فى المآء فليس ذلك برؤية و هو على خياره كذا فى السراج الوهاج. و لو اشترى سمكا فى المآء يمكن أخذه من غير إصطياد فرآه فى المآء قال بعضهم لا يسقط خياره و هو الصحيح هكذا فى فتح القدير. و لو نظر إلى المبيع من وراء ستر رقيق كان رؤية كذا فى فتاوى قاضى خان. و فى الخانية ص ٣٦٤ ج٢. دجاجة ابتلعت لؤلؤة فباعها مع اللؤلؤة لا يجوز البيع و ان كان المشترى رأى اللؤلؤة قبل الابتلاع و ان باع اللؤلؤة بعد ما ماتت الدجاجة جاز البيع و للمشترى خيار الرؤية فى اللؤلؤة ان لم يكن رآها قبل ذلك. و لو اشترى لؤلؤة فى صدف جاز البيع فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى و للمشترى خيار الرؤية و على قول محمد رحمه الله تعالى لا يجوز البيع و الفتوى على قوله.

و هو و الكفل فى الدواب فيعتبر رؤية المقصود و لا يعتبر رؤية غيره و شرط بعضهم رؤية القوائم و الأول هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى و في شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود و هو اللحم يعرف به و في شاة القنية

رؤية الوجه و الكعبين و في رؤية الشعر وجهان قال في التهذيب أصحهما اشتراطها و لا يشترط رؤية اللسان و الاسنان في أصح الوجهين كذا في (١) شرح الوجيز و في الغاية الأولى تحكيم العرف. (و هو) أي الوجه (و الكفل (٢) فى الدواب فيعتبر رؤية المقصود و لا يعتبر رؤية غيره) أي غير المقصود حتى لو رأى سائر أعضائه دون الوجه يبقى على خياره و في بعض النسخ دون غيرها أي غير الثلاثة و هي الوجه في الآدمي و الوجه و الكفل في الدواب و الأول أصح. (و شرط بعضهم رؤية القوائم) أي شرط بعض المشايخ رحمهم الله تعالى رؤية قوائم الدابة (و الأول) (٣) هو رؤية الوجه و الكفل (هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى) رواها بشر عنه و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى (٤) يعتبر في الدواب عرف التجار و هو رواية المعلىّ عنه و عن محمد رحمه الله تعالى يكفى رؤية الوجه اعتباراً بالعبد و الامة و عند الشافعي رحمه الله تعالى عنه لا بد من رؤية الوجه و الكفل و القوائم و يجب رفع السرج و الإكاف و الحبل و عن (٥) بعض أصحابهّ أنه لا بد من أن يجرى الفرس بين يديه ليعرف سيره.. كذا فى شرح الوجيز (٦) (و في شاة اللحم) و هي الشاة التي تشترى للذبح لاجل اللحم (لا بد من الجس لأن المقصود و هو اللحم يعرف به) أي بالجس ليعرف أنها سمينة أو مهزولة. (و في شاة القنية) و هي الشاة التي تحبس في البيت لأجل النتاج و في المغرب (٧) قنوت المال جمعته قنواً و قنوة و اقتنيته اتخذته

---

(١) كذا في شرح الوجيز ص٥٨ ج٤. (٢) الكفل بالتحريك العجز و قيل ردف العجز و الجمع أكفال و لا يشتق منه فعل و لا صفة كذا فى لسان العرب ملخصا. (٣) و الأول الخ. و هو الصحيح كذا فى الهندية عن البدائع ص٦٢ ج٣ وكذا فى البحر عن المعراج ص٤٨ ج٦. (٤) عن أبى يوسف رحمه الله تعالى الخ. و فى فتح القدير ص٥٣٧ ج٥. و نقل صاحب الأجناسّ عن المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى في الدابة اذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية و ان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار و فى رواية المعلىّ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر فى الدواب عرف التجار انتهى. و فى الهندية ص٦٢ ج٣. و قد قالوا ان قال أهل اصنعة و المعرفة بالدواب أنه يحتاج إلى النظر إلى القوائم كان شرطا فى سقوط الخيار أيضا كذا فى شرح القدوري للأقطعّ. (٥) و عن بعض أصحابهّ الخ. و فى شرح المهذب ص٢٩٢ ج٩. و هل يشترط أن تجرى الفرس بين يديه ليعرف سيره فيه وجهان حكاهما الرويانى و الرافعى رحمهما الله تعالي الأصح لا يشترط. (٦) كذا فى شرح الوجيز ص٥٨ ج٤. (٧) و فى المغرب مادة قنو ص١٩٨ ج٢. قنوت المال: جمعته قنوا (بفتح القاف وسكون النون) و قنوة (بكسر القاف و سكون النون) و اقتنيته: اتخذته لنفسى قنية (بكسر القاف و سكون النون) أي أصل مال للنسل لا للتجارة.

لا بد من رؤية الضرع و فيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود. قال و إن رأى صحن الدار فلا خيار له و إن لم يشاهد بيوتها و كذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج و عند زفر رحمه الله تعالى لا بد من دخول داخل البيوت

لنفسي قنية أي أصل مال للنسل لا للتجارة و قال (١) الجوهريّ قنوت الغنم و غيرها قنوة و قنوة و قنيت أيضا قنية و قنية إذا اقتنيتها لنفسك لا للتجارة (لا بد من رؤية الضرع) و في (٢) الذخيرة لا بد من النظر إلى ضرعها و سائر جسدها. (و فيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك) أي الذوق (هو المعرف للمقصود قال) أي القدوريّ (و إن رأى صحن الدار)قال الجوهريّ (٣)صحن الدار وسطها (فلا خيار له و إن لم يشاهد بيوتها و كذلك) أي لا خيار له (إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج) لأن كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر و بين الحيطان من الجذوع و الأسطوانات و لا يشترط (٤) رؤية المطبخ و المزبلة و العلو إلا أن يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند (و عندنا زفر رحمه الله تعالى لا بد من دخول داخل البيوت) و به قال (٥) ابن أبي ليلىّ و عند الشافعي رحمه الله تعالى (٦) لا بد مع ذلك من رؤية السقوف و المطبخ و السطوح و الجدران خارجاً و داخلا و رؤية المستحم و البالوعة و به قال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى

---

(١)قال الجوهريّ في الصحاح مادة قنا ص٢٤٦٧ ج٦. قنوت الغنم و غيرها قنوة (بكسر القاف و سكون النون) و قنوة (بضم القاف و سكون النون) و قنيت أيضا قنية (بكسر القاف و سكون النون) و قنية (بضم القاف و سكون النون) اذا اقتنيتها لنفسك لا للتجارة. و في لسان العرب ص٢٠٢ ج١٥. و قنيّ الغنم: ما يتخذ منها للولد أو اللبن و في الحديث: أنه نهى عن ذبح قنيّ الغنم. قال أبو موسى: هي التي تقتنى للدر و الولد، واحدتها قنوة و قنوة بالضم و الكسر، و قنية بالياء أيضا. يقال: هي غنم قنوة (بالضم) و قنية (بالكسر). و قال الزمخشري: القنيّ و القنيّة ما اقتني (على صيغة المجهول) من شاة أو ناقة، فجعله واحدا كأنه فعيل بمعنى مفعول، قال: و هو الصحيح و الشاة قنيّة، فان كان جعل القنيّ جنسا للقنيّة فيجوز و أما فعلة (بالضم) و فعلة (بالكسر) فلم يجمعا على فعيل. (قال) الليث: يقال قنا الانسان يقنو غنما و شيئا قنوا (بالفتح) و قنوانا (بالضم)، و المصدر القنيان (بالكسر) و القنيان (بالضم)، و تقول: اقتنى يقتني اقتناء، و هو أن يتخذه لنفسه لا للبيع. و يقال هذه قنية (بالكسر) و اتخذها قنية (بالكسر) للنسل لا للتجارة اهـ. ملخصا. (٢)و في الذخيرة الخ. و كذا في البحر ص٤٨ ج٦ و الهندية ص٦٢ ج٣ عن الظهيرية. (٣)قال الجوهريّ في الصحاح ص٢١٥١ ج٦. (٤)و لا يشترط الخ. كذا في الهندية عن المحيط ص٦٤ ج٣. و فيه أيضا و بعضهم شرط رؤية الكل و هو الأظهر و الأشبه و في فتح القدير و شرط بعضهم رؤية الكل و هو الأظهر و الأشبه كما قال الشافعي رحمه الله تعالى و هو المعتبر في ديار مصر و الشام و العراق و كذا في البحر ص٤٩ ج٦. (٥)و به قال ابن أبي ليلىّ كذا في العناية. (٦)و عند الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح المهذب ص٢٩١ ج٩.

و الأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية (١) فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت و النظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل.

و قال فى شرح الأقطع و الصحيح (٢) ما قاله زفرؒ (و الأصح أن جواب الكتاب) أي القدوريؒ (على وفاق عادتهم) أي عادة أهل الكوفة و أهل بغداد في زمن أبى حنيفة رحمه الله تعالى (في أبنيتهم فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم) أي في ديارنا (فلا بدمن الدخول) كما قال زفرؒ (فى داخل الدار للتفاوت) لقلة المرافق و كثرتها. (و النظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل) و هو الصحيح اليوم و في المحيط و الذخيرة بعض مشايخناؒ قال فى الدار يعتبر (٣) رؤية ما هو المقصود حتى لو كان فى الدار بيتان شتويان و بيتان صيفيان و بيتا (٤) طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار و فى البستان يسقط الخيار برؤية خارجه أو رؤوس الأشجار فى ظاهر الرواية و أنكر (٥) بعض المشايخ رحمهم الله تعالى هذه الرواية و قال المقصود من البستان باطنه فلا يبطل برؤية خارجه كذا فى شرح المجمع. و فى جامع قاضى خان رحمه الله تعالى فى الكرم أنه يكتفي برؤية الخارج و رؤوس الأشجار و في المحيط هذا عندهم أما في بلادنا لا بد من رؤية داخل الكرم و في عنب (٦) الكرم لا بد أن يرى من كل نوع شيئا و فى الرمان لا بد من رؤية الحلو و الحامض و عند الشافعي رحمه الله تعالى فى البستان لا بد من رؤية الأشجار و الجدران و مسائل الماء و لا حاجة إلى رؤية أساس البنيان و عروق الأشجار و نحوها و فى رؤية طريق الدار و مجرى الماء الذى تدور به الرحى وجهان كذا فى (٧) شرح الوجيز. اشترى (٨) دهنا فى زجاج

---

(١) الأبنية –ن– أبنيتهم. (٢) و الصحيح الخ. و فى جامع الفصولين و به يفتى. كذا فى البحر ص٤٩ ج٦. (٣) يعتبر رؤية ما هو المقصود. و فى الخانية المطبوعة على الهندية ص١٨٩ ج٢ و عليه الفتوى. (٤) بيتا طابق. و فى المغرب ص١٧ ج٢. الطابق: العظيم من الزجاج و اللبين تعريب تابه و منه بيت الطابق و الجمع طوابق و طوابيق. (٥) و أنكر الخ. كذا فى فتح القدير و فى البحر ص٤٩ ج٦. قالوا لا بد فى البستان من رؤية ظاهره و باطنه. (٦) و فى عنب الكرم الخ. و فى الهندية ص٦٣ ج٣. و فى المنتقى عن محمد رحمه الله تعالى اذا رأى عنب كرم فله الخيار حتى يرى من كل نوع منها شيئا و فى النخل اذا رأى بعضه و رضى به بطل خيار الرؤية و جعل رؤية نوع من أنواع النخل جائزا على كله و اذا اشترى رمانا حلوا و حامضا و رأى أحدهما فله الخيار اذا رأى الآخر و فيه أيضا اذا اشترى حمل نخل فرأى بعضه و رضى به لم يلزم البيع حتى يرى كله فيرضى به و كذلك الثمار الظاهرة كلها ما يدخل منها فى الكيل و الوزن و ما يدخل فى العد بعد أن يكون فى رأس النخل و الشجر كذا فى الذخيرة و هو المختار هكذا فى المضمرات. (٧) كذا فى شرح الوجيز ص٥٧ ج٤ و كذا فى شرح المهذب ص٢٩١ ج٩. (٨) اشترى الخ. كذا فى فتح القدير ص٥٣٨ ج٥. و فيه أيضا و روى هشام أن قول محمد موافق لقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

قال و نظر الوكيل كنظر المشترى حتى لا يرده إلا من عيب و لا يكون نظر الرسول كنظر المشترى و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هما سواء و له أن يرده. قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار

فنظر إلى الزجاج لا يكفي ذلك حتى يصبه على الكف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به قال أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و نظر الوكيل كنظر المشتري) صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره كن و كيلي في قبض المبيع أو وكلتك بقبضه (حتى لا يرده إلا من عيب) إذا ظهر فيه من عيب لم يعلمه الوكيل فإن كان قد علم يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفرؒ و الصحيح أن لا يملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم هكذا في الجامع الصغير لفخر الإسلام البزدوي رحمه الله تعالى. (و لا يكون نظر الرسول كنظر المشترى) صورته أن يقول كن رسولي بقبضه أو قال أرسلتك لقبضه أو قال قل لفلان أن يدفع المبيع إليك و الفرق (١) بين الوكيل و الرسول أن الوكيل لا يضيف العقد إلى موكله بل يعقد بالاستبداد و الرسول لا يستغني عن الإضافة إلى المرسل و قيل (٢) لا فرق بين الرسول و الوكيل في فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار (و هذا) أي عدم كون نظر الرسول كنظره (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال أبو يوسف (٣) و محمد رحمهما الله تعالى (هما سواء) أي الوكيل و الرسول سواء (و له) أي و للمشترى (أن يرده) أي المبيع إذا رآه فإن شاء أخذه و إن شاء تركه (قال) أي المصنفؒ (معناه) أي معنى قوله في الجامع الصغير و نظر الوكيل كنظر المشترى (الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار

---

(١)و الفرق الخ و اليه الاشارة في قوله تعالى يا أيها الرسول بلغ (المآئدة:٦٧) و قوله تعالى و ما انت عليهم بوكيل (الزمر:٤١) و قوله تعالى قل لست عليكم بوكيل (الانعام:٦٦) نفى الوكالة و أثبت الرسالة. كذا في البحر ص ٥٠ ج٦ و في هامشه منحة الخالق عن تهذيب القلانسي الوكيل من يباشر العقد و الرسول من يبلغ المباشرة. (٢)و قيل الخ. كذا في فتح القدير ص٥٣٩ ج٥. و فيه أيضا و منهم من حكى هذا القول فيما اذا قال أمرتك بمادة الف ميم راء. (٣)قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ. و في البحر ص ٥٠ ج٦. اعلم أنهم جعلوا الوكيل بالقبض كالرسول في مسائل منها لا يصح إبراؤه بخلاف الوكيل بالبيع و منها لا رجوع عليه بالثمن اذا رد المبيع بعيب بعد ما دفع إلى الموكل بخلاف الوكيل بالبيع و منها لو حلف لا يقبض فوكل به حنث بخلاف لا يبيع فوكل لا يحنث و منها تصح كفالة الوكيل بقبض الثمن المشترى بخلاف الوكيل بالبيع و منها قبول شهادة الوكيل بقبض الدين به و بهذا يترجح قولهما هنا أنه بمنزلة الرسول انتهى.

بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به و صار كخيار العيب و الشرط و الاسقاط قصداً و له أن القبض نوعان تام و هو أن يقبضه و هو يراه و ناقص و هو أن يقبضه مستوراً و هذا لأن تمامه بتمام الصفقة و لا تتم مع بقاء خيار الرؤية و الموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل و متى قبض الموكل و هو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل و إذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقص

بالإجماع) و ليس للموكل إذا رأى أن يرده لأن حقوق العقد راجعة إلى الوكيل بالشراء (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه توكل بالقبض) أي أن الوكيل بالقبض توكل أي قبل الوكالة للقبض (دون إسقاط الخيار) فلا يتعدى الحكم من القبض إلى إبطال الخيار. (فلا يملك ما لم يتوكل به) لأن إبطال الخيار ليس من القبض (و صار كخيار العيب) أي صار هذا كمن اشترى شيئاً ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيباً رائيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل (و الشرط) أي و صار كخيار الشرط كمن اشترى بخيار الشرط و وكل بقبضه فقبضه رائيا لم يسقط خيار الموكل (و الإسقاط قصداً) صورته أن الوكيل بالقبض إذا قبضه مستوراً ثم رآه و أسقط عنه الخيار قصداً لا يسقط الخيار عن الموكل و قوله قصداً احتراز عن الإسقاط الضمني فإنه لا يملك بقبض المبيع (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن القبض نوعان تام) أي قبض تام (و هو أن يقبضه) أي الوكيل (و هو يراه (١) و ناقص) أي و قبض ناقص (و هو أن يقبضه مستوراً) و هو لا يسقط الخيار لعدم الرضاء. (و هذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين (لأن تمامه) أي تمام القبض (بتمام الصفقة و لا تتم) أي الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها تناهيها في اللزوم بحيث لا يرتد إلا برضاء أو قضاء و خيار الرؤية و الشرط يمنعان عن ذلك (فالموكل يملكه) أي يملك القبض (بنوعيه) أي بنوعي القبض (فكذا الوكيل و متى قبض الموكل و هو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل) أي فكذا وكيله اذا قبض و هو يراه سقط الخيار (لإطلاق التوكيل) عملا بإطلاقه. (و إذا قبضه مستوراً) جواب (٢) عما يقال لا نسلم ذلك فإن الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لم يسقط و الموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة فأجاب بقوله و إذا قبضه أي الوكيل مستوراً (انتهى التوكيل بالناقص) أي بالقبض الناقص

(١) و هو يراه. و انما كان هذا قبضا تاما لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض و بقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل بهذا القبض من المشترى كان هذا القبض تاما كذا في فتح القدير ص ٥٣٩ ج٥. (٢) جواب الخ. نحوه في العناية.

منه فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه و خيار الشرط على الخلاف و لو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الختبار و هو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله و بخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئاً و إنما إليه تبليغ الرسالة و لهذا لا يملك القبض و التسليم إذا كان رسولاً في البيع. قال و بيع الأعمى

(منه) أي من القبض (فلا يملك اسقاطه قصداً بعد ذلك) لأنه لم يفوض إليه الإبطال قصداً و إنما يثبت له الإبطال مقتضى لتتميم القبض و هنا لما حصل القبض الناقص انتهى التوكيل به فليس له بعد ذلك إبطال الخيار (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب (لأنه لا يمنع تمام الصفقة) لانه لم يشرع تتميماً للقبض بل لتسليم الجزء الفائت. (فيتم القبض مع بقائه) أي بقاء الخيار (و خيار الشرط على الخلاف) و هذا جواب عن قولهما و الشرط أي و كخيار الشرط بيانه أن خيار الشرط لا يصلح مقيساً عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدوري أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكيلاً بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف. و قال الاترازي قوله و خيار الشرط على الخلاف و لا نص في خيار الشرط عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى كذا قالوا في شرح الجامع الصغير فعلى هذا يمنع و يقال لا نسلم أن خيار الشرط لا يصلح أن يكون مقيساً عليه لانه ليس فيه نص على الاتفاق فيه بل يجوز أن يكون الحكم فيه أيضاً كما في خيار الرؤية. (و لو سلم) أي بقاء الخيار (فالموكل لا يملك التام) أي لا يملك القبض التام (منه) أي من القبض لأن تمامه بتمام الصفقة و لا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط (فإنه) أي فإن الخيار (لا يسقط بقبضه لأن الاختبار) و هو التروى و التفكر (و هو المقصود بالخيار يكون بعده) أي بعد القبض (فكذا لا يملكه وكيله و بخلاف الرسول فإنه لا يملك شيئاً) من القبض لا التام و لا الناقص (و إنما إليه تبليغ الرسالة) فيملك أداء الرسالة على أكمل الوجوه. (و لهذا) أي و لأجل كونه مبلغاً للرسالة فقط (لا يملك القبض) أي قبض الثمن (و التسليم) أي تسليم المبيع (إذا كان رسولاً في البيع) و لا يملك قبض المبيع و تسليم الثمن إذا كان رسولاً في (١) الشراء (قال) اي القدوري (و بيع الأعمى

---

(١) في الشراء. (فائدة) و في الظهيرية و لا يجوز التوكيل باسقاط خيار الرؤية اه. و في جامع الفصولين و التوكيل بالرؤية مقصودا لا يصح و لا تصير رؤيته كرؤية موكله حتى لو شرى شيئا لم يره فوكل رجلا برؤيته و قال ان رضيته فخذه لم يجز و الوكيل بالشراء لو شرى ما رآه موكله و لم يعلم به الوكيل فله خيار الرؤية و لو لم يره و هذا فيما اذا وكله بشراء شيء لا بعينه ففي المعين ليس للوكيل خيار الرؤية. وكله بشراء قن بلا عينه فشرى قنا رآه =>

و شراؤه جائز و له الخيار إذا اشترى لأنه اشترى مالم يره و قد قررناه من قبل

و شراؤه (١) جائز) و به قال مالك (٢) و أحمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في قول و في قول لا يجوز و هو اختيار المزنيّ و هذا الخلاف فيمن هو أعمى وقت العقد و لم يكن بصيراً و أما إذا كان بصيراً فعمي بعد ذلك لا خلاف في جواز بيعه (و له الخيار (٣) إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره و قد قررناه من قبل) أي في اول الباب ان شراء ما لم يره جائز و ان له الخيار و الأعمى (٤) كالبصير

=> الوكيل فليس له و لا لموكله خيار الرؤية و كذا خيار العيب اه. و انما لم يصح التوكيل بالرؤية لأنها من المباحات يملكها كل واحد فلا تتوقف على توكيله و في المحيط و لو وكل رجلا بالنظر إلي ما اشتراه و لم يره إن رضي يلزم العقد وان لم يرض يفسخه يصح التوكيل فيقوم نظره مقام نظر الموكل لأنه جعل الرأي و النظر اليه فيصح كما لو فوض الفسخ و الاجازة اليه في البيع بشرط الخيار اه. و هو مخصص لاطلاق قولهم لا يصح التوكيل بالرؤية مقصودا فيقال إلا إذا فوض اليه الفسخ و الاجازة كذا في البحر الرائق ص ٥١ ج٦. (١)شراؤه. و في الفتح الشراء يمد في لغة الحجاز و يقصر لأهل نجد. (٢)و به قال مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله تعالى الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٢٧٧ ج٤. (فصل) فأما بيع الأعمى و شراؤه فان أمكنه معرفة المبيع بالذوق ان كان مطعوما أو بالشم ان كان مشموما صح بيعه و شراؤه و ان لم يمكن جاز بيعه كالبصير و له خيار الخلف في الصفة و بهذا قال مالك و أبو حنيفة رحمهما الله تعالى و أثبت أبو حنيفة رحمه الله تعالى له الخيار إلى معرفته بالمبيع إما بحسه أو ذوقه أو وصفه و قال عبيد الله بن الحسنّ شراؤه جائز و اذا أمر انسانا بالنظر إليه لزمه و قال الشافعي لا يجوز إلا على الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول أو يكون قد رآه بصيرا ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير المبيع فيه لأنه مجهول الصفة عند العاقد فلم يصح كبيع البيض في الدجاج و النوى في التمر. و لنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود و معرفته فأشبه بيع البصير و لأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه فكذلك شم الأعمى و ذوقه و أما البيض و النوى فلا يمكن الاطلاع عليه و لا وصفه بخلاف مسئلتنا. و في شرح المهذب للنووي الشافعيّ ص٣٠٢ ج٩. قال أصحابنا المذهب بطلان بيع الأعمى و شرائه و هذا مختصره و تفصيله أنه ان لم نجوز بيع الغائب و شراءه لم يصح بيع الأعمى و لا شراؤه و ان جوزناه فوجهان أصحهما لا يجوز أيضا و الثاني يجوز و به قال مالك و أبو حنيفة و أحمد رحمهم الله تعالى اه ملخصا. (٣)و له الخيار الخ. أقول فيه بحث فان الخيار معلق بالرؤية و لا يثبت قبلها كما سلف إلا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا و الحق أن يجاب بأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا إشكال إلا أن قوله اذا اشترى يأبى عن هذا نوع إباء فليتأمل كذا في السعدية. (٤)و الأعمى كالبصير الخ. قال العلامة ابن نجيمّ في البحر ص٣٤ ج٦. و قد كتبت في الفوائد أن الأعمى كالبصير إلا في مسائل لا جهاد عليه و لا جمعة ولا جماعة و لا حج و ان وجد قائدا في الكل و لا يصلح كونه شاهدا و لو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامع على المذاهب و لا دية في عينيه و انما الواجب حكومة عدل و كره أذانه وحده و امامته إلا أن يكون أعلم القوم و لا يجوز اعتاقه عن الكفارات و لا كونه إماما أعظم و لا قاضيا و يكره ذبحه و لم أر حكم صيده و رميه و اجتهاده في القبلة. انتهى. و قال العلامة النووي الشافعيّ في شرح المهذب ص٣٠٤ ج٩. (فرع) الأعمى يخالف البصير في مسائل كثيرة. (احداها) لا يجتهد في الأواني و الثياب في قول (الثانية) يكره أن يكون مؤذنا راتبا إلا مع بصير كابن أم مكتوم مع بلال رضي الله تعالى عنهما (الثالثة) لا يجتهد في القبلة =>

ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس و بشمه إذا كان يعرف بالشم و بذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير و لا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه و قال قد رضيت سقط خياره لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة

الذى يشترى ما لم يره فيجوز شراؤه مع ثبوت الخيار له كالبصير (ثم يسقط (١) خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس و بشمه إذا كان يعرف بالشم و بذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير و لا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) و في جامع العتابي (٢) الوصف في العقار ان يقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ثم يذكر له صفة العقار. (لأن الوصف يقام مقام الرؤية) و قيل يمس الحائط و الباب (كما في السلم) يعني ان الوصف في المسلم فيه يقوم مقام الرؤية و إن كان المسلم فيه معدوماً للعجز و العجز في حق الأعمى الزم لأن رؤية المسلم فيه ممكنة أما رؤية الأعمى غير ممكنة فيقوم الوصف مقام الرؤية فيحقه بالطريق الأولى. (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (٣) انه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه و قال قد رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القرآءة في حق الأخرس في الصلاة

=> (الرابعة) لا جمعة عليه اذا لم يجد قائدا (الخامسة) البصير أولى منه بغسل الميت (السادسة) لا حج عليه اذا لم يجد قائدا (السابعة) تكره ذكاته كراهة تنزيه بلا خلاف و لا يحل صيده بارساله كلبا أو سهما في أصح الوجهين (الثامنة) لا يصح بيعه و شراؤه و إجارته و رهنه و هبته و مساقاته و نحوها من المعاملات على المذهب الصحيح (التاسعة) لا يجوز كونه وصيا في وجه (العاشرة) لا تجوز مكاتبته عبده في أحد الوجهين (الحادية عشرة) لا يكون وليا في النكاح في وجه (الثانية عشرة) لا يجزئ في الكفارة (الثالثة عشرة) لا تؤخذ عين البصير بعينه (الرابعة عشرة) لا يكون سلطانا (الخامسة عشرة) لا جهاد عليه (السادسة عشرة) لا يكون قاضيا (السابعة عشرة) لا تقبل شهادته إلا فيما تحمله قبل العمى أو بالاستفاضة أو على من تعلق به. (١) ثم يسقط خياره الخ. و المراد بسقوطه سقوطه اذا وجدت هذه الأشياء قبل الشراء ثم اشترى و أما اذا اشترى قبل هذه فهذه مثبتة للخيار له لا أنها مسقطة و يمتد الى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل في الصحيح كذا في البحر ص ٥٢ ج٦. (٢) و في جامع العتابي الخ. كذا في فتح القدير ص ٥٤١ ج٥. و فيه أيضا و لا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف و سقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط و اكتفى بذكر الوصف و ممن أنكره الكرخي و قال وقوفه في ذلك الموضع و غيره سواء في أنه لا يستفيد به علما. (٣) و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى الخ. و في فتح القدير ص٥٤٢ ج٥. و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضا أنه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا و لم يعتبر الشم و لا الذوق و الجس لأن الوصف يقوم مقام الرؤية و قال مشايخ بلخ يمس الحيطان و الأشجار فاذا قال =>

و إجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج و قال الحسن رحمه الله تعالى يوكل وكيلاً بقبضه و هو يراه و هذا أشبه بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفاً. قال و من رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما لان رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام و هذا لان الصفقة لا تتمم مع خيار الرؤية قبل القبض و بعده

و إجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج و قال الحسن) ابن زياد رحمه الله تعالى (يوكل وكيلا بقبضه و هو يراه) فتصير رؤية الوكيل كرؤيته قال المصنفؒ (و هذا) أي قول الحسنؒ (أشبه بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفاً) أي في المسألة المتقدمة (١) (قال) أي القدوريؒ (و من رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام) و تفريق (٢) الصفقة منهى عنه بالإجماع. (و هذا) توضيح لما قبله (لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض و بعده) أي بعد القبض يعني فيما إذا قبضه مستوراً قال الكاكيؒ كذا قيل و لا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية

=> رضيت سقط خياره لأن الأعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك و هو رواية بشر و ابن سماعة رحمهما الله تعالى في الدار و في رواية هشامؒ عن محمدؒ أنه يعتبر الوصف مع كل من الذوق و اللمس و الجس لأن التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا إلا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤس شجر فيعتبر فيه الوصف لا غير فى أشهر الروايات و هو المروى عن أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في شرح الجامع الصغير لأبى الليثؒ. (١)المتقدمة. و فى فتح القدير ص٥٤٢ ج٥. و لو وصف للأعمى ثم أبصر لا خيار له لأن خياره سقط فلا يعود إلا بسبب جديد و لو اشترى البصير ثم عمى انتقل الخيار إلى الوصف. (٢)تفريق الصفقة الخ. و فى النهاية الصفقة العقد الذى تناهى فى موجبه و لذا قال عمر رضى الله تعالى عنه البيع إما صفقة أو خيار أي إما يتناهى فى اللزوم أو غير لازم بأن كان فيه خيار و ورد النهى عن تفريق الصفقة و انما قدم على حديث خيار الرؤية لأن حديث النهى محكم و حديث خيار الرؤية خص منه ما اذا تعيب أو أعتقه أو باعه أو لأنه محرم و ذلك مبيح أو لكونه متأخرا لئلا يلزم تكرار النسخ اه و تعقب الأول بأنه أيضا مخصوص بما قبل التمام و ما أجاب به فى العناية من أنه إنما قيد به بالقياس على ابتداء الصفقة غير دافع كما لا يخفى. و الأولى ما فى فتح القدير (ص٥٤٥ ج٥) من أنا عملنا بالحديثين غاية الأمر انا شرطنا أن يردهما جميعا عملا بحديث الصفقة جمعا بينهما. و الحاصل أنه ليس له رد البعض و امساك البعض فى خيار الرؤية و الشرط قبل القبض و بعده لكونه تفريقا قبل التمام لكونه مانعا من التمام فى الرؤية و من الابتداء فى الشرط و له ذلك فى خيار العيب بعد القبض لتمامها و الخيار مانع من اللزوم فقط لا قبله لكون القبض من تمامها =>

و لهذا يتمكن من الرد بغير قضاء و لا رضاء و يكون فسخاً من الاصل و من مات و له خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الإرث عندنا و قد ذكرناه في خيار الشرط و من رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي رآها فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة و بفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلم (١) أنه مرئيه لعدم الرضاء به و إن وجده متغيراً

يبقى إلى أن يوجد ما يبطله (و لهذا) أي و لأجل كون الصفقة غير تامة (يتمكن) أي المشتري (من الرد بغير قضاء و لا رضاء و يكون فسخاً من الأصل) أي يكون الرد بخيار الرؤية فسخاً من الإبتداء و يكون فسخاً من الأصل لعدم تحقق الرضاء قبله لعدم العلم بصفات المعقود عليه فلا يحتاج إلى القضاء و الرضاء بخلاف خيار العيب بعد القبض فإنه لا يرد إلا بالرضاء والقضاء لتمام البيع و عند الشافعي رحمه الله تعالى فى خيار العيب بعد القبض كذلك فهو فسخ من الأصل أيضاً. (و من مات و له خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا) خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى (و قد ذكرناه فى خيار الشرط) أي قد ذكرنا بطلان خيار الرؤية بالموت فى باب (٢) خيار الشرط (و من رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التى رآها فلا خيار له لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة و بفواته) أي بفوات العلم بأوصافه (يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه مرئيه) أي لا يعلم أنه هو الذي رآه و كلمة الاستثناء من قوله فلا خيار له (لعدم الرضاء به) أي لا يكون راضياً به و في الفتاوى الصغرى صور لهذا بأنه إذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل و هو لا يعلم أن المشترى ذلك المرئى ثبت له خيار الرؤية و صورته فى الخلاصة (٣) رجل رأى جارية عند رجل فساومه بها و لم يشترها ثم رآها بعد ذلك بمدة يبيعها فاشتراها منه متنقبة و لم يعلم أنها هى التي رآها فله الخيار لعدم الرضاء. (و إن وجده متغيراً) أي و إن وجد ما رآه بعد الشراء متغيراً

=> و أما اذا استحق البعض فان كان المبيع واحدا فله الخيار مطلقا قبل القبض و بعده و ان كان متعددا فان كان قيميا و قبض البعض و لم يقبض البعض فاستحق البعض له الخيار لتفرقها قبل التمام و لو كان مثليا فاستحق بعضه فان كان قبل القبض خير و الا فلا و استفيد من كلام المؤلفّ أنه لو رآهما فرضى باحدهما أنه لا يرد الآخر لما ذكرنا و الحاصل أنه اذا استحق بعض المبيع فان كان قبل قبض الكل أو البعض تخير مطلقا متعددا أو واحدا مثليا أو قيميا و ان كان بعد قبض جميعه فلا خيار فى الكل إلا فى قيمي واحد استحق بعضه فانه يتخير و فى خيار العيب اذا اطلع على عيب بالبعض فان كان بعد القبض رد المعيب وحده إلا فى قيمي واحد فيرد الكل و ان كان قبله يرد الكل و فى خيار الشرط و الرؤية لا يرد إلا الكل قبل القبض و بعده كذا فى البحر ص٥٤ ج٦. (١)لا يعلم أنه مرئيه –ن– لا يعلمه مرئيه. (٢)باب خيار الشرط البناية ص١٠٠ ج١٠. (٣)فى الخلاصة ص٨٠ ج٣.

فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصاف فكأنه لم يره و إن اختلفا في التغير فالقول قول البائع لان التغير حادث و سبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشترى بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية لانها أمر حادث و المشترى ينكره فيكون القول قوله. قال و من اشترى عدل زطي و لم يره

عما رآه (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره و إن اختلفا فى التغير) بأن قال المشتري قد تغير و قال البائع لم يتغير (فالقول للبائع لأن التغير حادث) لأنه إنما يكون بعيب أو تبدل هيئة و كل منهما عارض و المشتري يدعيه و البائع منكر و متمسك بالأصل. (و سبب اللزوم) أي لزوم العقد و هو الرؤية السابقة أو البيع البات (١) الخالي عن الشروط المفسدة أو رؤية (٢) جزء من المعقود عليه (ظاهر) فالقول قول من يتمسك بالظاهر و ذكر بعض أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى أن القول للمشتري (إلا إذا بعدت المدة) استثناء من قوله فالقول قول البائع (على ما قالوا) أي المتأخرون فحينئذ يكون القول قول المشتري (لأن الظاهر شاهد للمشتري) لان الشيء قد يتغير بطول الزمان و من شهد له الظاهر فالقول قوله و إليه مال شمس الأئمة السرخسيّ. و في المبسوط (٣) فإن بعدت المدة بأن رأى جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة و زعم البائع أنها لم تتغير فالقول للمشتري و به كان (٤) يفتي الصدر الشهيد رحمه الله تعالى و الإمام ظهير الدين المرغينانيّ و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع يعني إذا اختلف البائع و المشتري في رؤية المشترى فالقول قول المشتري (لأنها) أي لان الرؤية (أمر حادث و المشترى ينكره فيكون القول قوله) مع يمينه. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى عدل زطي ولم يره) العدل (٥) بالكسر و منه عدل المتاع و الزط (٦) جيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية

---

(١)أو البيع البات الخ. أقول و عندى أنه البيع البات الخالى عن المفسد الواقع فى محل مرئى فليتأمل كذا فى السعدية. (٢)أو رؤية الخ. أقول لا يظهر الفرق بين المعنى الأول و الثالث لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هى الرؤية السابقة و بالرؤية السابقة هى رؤية جزء المعقود عليه كذا فى السعدية. (٣)و فى المبسوط للسرخسيّ ص٨٣ ج١٣. (٤)و به كان يفتي الخ. كذا فى فتح القدير. (٥)العدل الخ. كذا فى العناية. و فى فتح القدير ص٥٤٥ ج٥. العدل المثل و المراد هنا الغرارة التى هى عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أى يعادلها و فيها أثواب. (٦)الزط الخ. كذا فى المغرب مادة زطط ص٣٦٥ ج١. و فى لسان العرب ص٣٠٨ ج٧. الزط (بضم الزاء و تشديد الطاء): جيل أسود من السند إليهم تنسب الثياب الزطية. وقيل: الزط إعراب جت بالهندية و هم جيل من أهل الهند. (قال) ابن الأعرابى: الزطط(بضمتين)و الشطط(بضمتين) الكواسج. و فى بعض الأخبار: فحلق رأسه زطّية =>

فباع منه ثوباً أو وهبه و سلمه لم يرد شيئاً منها إلا من عيب و كذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج (١) عن ملكه و في رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية و الشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض و إن كانت لا تتم قبله و فيه وضع المسألة فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسيّ. و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط

و قيل (٢) جيل من الناس بسواد العراق و قوله و من اشترى عدل زطي و لم يره و في الكافي و قبضه و هو مراد المصنف رحمه الله تعالى أيضا و قيده بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضاً لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع أو هبة (فباع منه ثوباً أو وهبه و سلمه لم يرد شيئاً منها إلا من عيب) ذكر الضمير أولاً في قوله منه و أنثه ثانياً بقوله لم يرد شيئاً منها نظرا إلى لفظ العدل و معناه. (و كذلك خيار الشرط) بأن اشترى عدل زطي بخيار الشرط و قبضه و باع ثوباً منه أو وهب (لانه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه و في رد ما بقي تفريق الصفقة) على البائع (قبل التمام) و تفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز كما في ابتداء الصفقة. (لان خيار الرؤية و الشرط يمنعان تمامها) أي تمام الصفقة لأن تمامها بالرضا و لا رضاء مع وجودهما (بخلاف خيار العيب) هذا جواب عن قوله إلا من خيار عيب (لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض) قيد به لان قبل القبض لو وجد عيباً في ثوب منها يردها و أما بعد القبض فلا يرد إلا المعيب خاصة. (و إن كانت) واصل بما قبله أي و إن كانت الصفقة (لا تتم قبله) أي قبل القبض في خيار العيب (و فيه) أي و في المقبوض (وضع المسألة) أي مسألة الزطي معنى قيد القبض فيها شرط كما ذكرنا لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه (و لو عاد) أي الثوب (إليه) أي إلى المشترى (بسبب هو فسخ) كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أي المشترى (على خيار الرؤية) لارتفاع (٣) المانع من الاصل (كذا ذكره شمس الائمة السرخسيّ) في مبسوطه (٤). (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) و هو رواية علي بن الجعد رحمه الله تعالى عنه (أنه) أي أن خيار الرؤية (لا يعود بعد سقوطه) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط) و في فتاوى قاضي خانّ و هو الصحيح

=> قيل هو مثل الصليب كأنه فعل الزط و هم جنس من السودان و الهنود و الواحد زطي مثل الزنج و الزنجي و الروم و الرومي و قيل الزط السبابجة قوم من السند بالبصرة اه ملخصا. (١)خرج –ن– أخرجه. (٢)و قيل الخ. كذا في الكفاية. (٣)لارتفاع المانع من الأصل و هو تفريق الصفقة كذا في العناية. (٤)في مبسوطه ص ٧٤ ج١٣.

و عليه اعتمد القدوري.

(و عليه) أي على ما روى (اعتمد (١) القدوري رحمه الله تعالى) فرع (٢) اشترى شيئاً مغيبا في

(١)اعتمد القدوري. قال المحقق الفهام ابن الهمام في فتح القدير ص٥٤٦ ج٥. و حقيقة الملحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ بالبيع و الهبة مانعا زال فيعمل المقتضى و هو خيار الرؤية عمله و لحظ على هذه الرواية مسقطا و اذا سقط لا يعود بلا سبب و هذا أوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا و يبطل الخيار قبل الرؤية و بعدها انتهى. و قال العلامة ابن نجيم في البحر الرائق ص٥٧ ج٦. و الأوجه عندى ما ذكره شمس الأئمة السرخسي و قوله لأن نفس هذا التصرف إلى آخره ممنوع و انما يدل لو تصرف في جميع المبيع و انما الكلام هنا فيما اذا تصرف في البعض فحينئذ لو رد الباقي فقط لزم تفرق الصفقة فكان لزوم تفرقها مانعا من رد الباقي فاذا زال عمل المقتضى عمله و كأنه اختلط عليه بما اذا باع المبيع كله و سقط خياره ثم رد عليه بما هو فسخ فانه لا يعود خياره كما قدمناه لكن لم يذكروا فيها خلافا انتهى. و قال العلامة ابن عابدين في منحة الخالق حاشية البحر الرائق (قوله و كأنه اختلط عليه) أي على صاحب الفتح. قال في النهر و أقول هذا تهجم على مقام هذا الامام مع عدم التدبر في الكلام و ذلك أن جزمهم بعدم عود الخيار فيما اذا باع كله ثم عاد اليه بما هو فسخ من غير ذكر خلاف دليل بين لما اختاره القدوري اذ لو كانت العلة المؤثرة وجود المانع للزم اذا زال أن يعود لكنه لا يعود لأنه سقط و شأن الساقط أن لا يعود و دعوى أن بيع الكل مسقط و بيع البعض مانع تحكم ظاهر و هذا معنى قوله لأن نفس هذا التصرف الخ فان قلت لو كان كذلك لما احتيج إلى التعليل بأن في الرد تفريق الصفقة قلت لا مانع من أن يعلل الحكم بعلتين الرضا بالبيع و لزوم تفريق الصفقة غير أنه مادام خارجا عن ملكه فالتعليل به أظهر فلهذا المعنى فتدبر. (١)فرع الخ. و في الهندية ص٦٤ ج٣. و لو اشترى شيئا مغيبا في الارض كالبصل و الثوم و الجزر و ما أشبهه لم يكن برؤية بعضه مختارا و هو على خياره ما لم ير جميعه و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما اذا قلع شيئا منه يستدل به على الباقي و رضى به سقط خياره كذا في السراج الوهاج. و عامة المشايخ رحمهم الله تعالى قالوا لم يذكر هذه المسئلة في ظاهر الرواية و انما ذكرهما في الامالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال ان كان المغيب في الارض مما يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم و الجزر و البصل فقلع المشترى شيئا باذن البائع أو قلع البائع ان كان المقلوع مما يدخل تحت الكيل أو الوزن اذا رأى المقلوع و رضى به لزم البيع في الكل و تكون رؤية البعض كرؤية الكل اذا وجد الباقي كذلك و ان كان المقلوع شيئا يسيرا لا يدخل تحت الوزن لا يبطل خياره هذا اذا قلع البائع أو قلع المشترى باذن البائع فان قلع المشترى منه شيئا بغير اذن البائع ان كان المقلوع شيئا له ثمن لزمه البيع في الكل رضى به أو لم يرض كذا في فتاوى قاضي خان. وجد في ناحية أخرى من الارض أقل منها أو لم يجد فيها شيئا كذا في المحيط. و ان كان المقلوع قليلا لا ثمن له لا يبطل خياره والفتوى في هذه المسائل على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كذا في فتاوى قاضي خان. و ان كان ذلك يباع عددا كالفجل فرؤية البعض لا تبطل خياره فيما بقى اذا حصل القلع من البائع أو من المشترى باذن البائع و ان قلع المشترى بغير اذن البائع و كان المقلوع شيئا له ثمن سقط خياره كذا في المحيط. و هو المختار كذا في فتح القدير. هذا اذا كان المغيب معلوما وجوده في الارض فان باعه قبل النبات أو بعد ما نبت في الارض الا أنه لا يدرى أهو نابت في الارض أو ليس بنابت لا يجوز بيعه و لو باع ما هو موجود في الارض مثل البصل و نحوه و قلع البائع شيئا من موضع =>

باب خيار العيب

الارض كالجزر و الفجل و البصل و الثوم و أصول الزعفران و ما أشبه ذلك يجوز و به قال مالك و أحمد (١) رحمهما الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز و له الخيار إذا رأى جميعه و رؤية بعضه لا يبطل الخيار بكل حال عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا رؤية بعضها كرؤية كلها فافهم.

(باب خيار العيب) (٢)

أي هذا باب في بيان أحكام خيار العيب و إضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه

=> و قال أبيعك على ان في كل مكان مثل هذا في الكثرة لا يجوز بيعه كذا في فتاوى قاضي خان. و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى ان باع جزرا فقال البائع أخاف أن أقلعه فلا ترضاه فيهلك علي و قال المشتري أخاف أن أقلعه فلا يصلح لي فلا أقدر على رده فمن تطوع منهما بالقلع جاز و ان لم يتطوعا فسخ القاضي العقد بينهما كذا في شرح القدوري للاقطع. و لو اشترى كردجين من الجزر فقطع فوجد في أحد الكردجين جيداً و قلع الآخر فوجده معيبا لا يرد شيئا منه لانه تعيب بالقلع لكنه يرجع بنقصان العيب و لو اشترى جزرا في جوالق فوجد في أعلاه جزرا طويلا و في أسفله قصيرا صغيرا فان كان القصير لا يشترى بما يشترى به الطويل كان عيبا فيرجع بالنقصان كذا في فتاوى قاضي خان. و في نوادر هشام سألت محمدا رحمه الله تعالى عن رجل اشترى عشرة أجربة جزر في الارض فقبض الارض و بعث الغلام و أمره بقلع الجزر فقلع كله ثم جاء المشترى هل له خيار الرؤية قال نعم قلت قد نقصه القلع ثلث القيمة قال و ان نقصه كذا في المحيط. (١)و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٢٠٨ ج٤. (فصل) و لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض كالجزر و الفجل و البصل و الثوم حتى يقلع و يشاهد و هذا قول الشافعي و ابن المنذر و أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى و أباحه مالك و الأوزاعي و اسحاق رحمهم الله تعالى و في شرح المهذب للنووي الشافعي ص٣٠٠ ج٩. (فرع) قال الماوردي بيع الجزر و السلجم وهو الذي يقال له في دمشق اللفت و البصل و نحوها في الأرض قبل قلعه بشرط خيار الرؤية فيه طريقان أحدهما على القولين في بيع الغائب و الثاني لا يصح قولا واحدا قال و هو قول سائر أصحابنا رحمهم الله تعالى. (٢)باب خيار العيب. و في الهندية ص٦٦ ج٣. خيار العيب يثبت من غير شرط كذا في السراج الوهاج و في المنحة على البحر ص٥٨ ج٦. (فائده) سئل بعض الشافعية أقول و هو ابن حجر الهيتمي و هي في فتاواه عن رجل عجان خباز يعجن الخبز للبيع و يبيعه على الناس و هو أبرص أجذم ذوحكة و سوداء فهل يجوز له أن يباشر الخبز المذكور و هو بتلك الصفات أم لا فأجاب بقوله لا يجوز بيع ما باشر نحو عجنه إلا أن يبين للمشترى حقيقة الحال لأن المشترى لو اطلع على ذلك لم يشتره منه في الغالب و كل ما كان كذلك يكون كتمه من الغش المحرم و قد قال ﷺ من غش أمتي فليس مني و قد نقل غير واحد من الأئمة رحمهم الله تعالى أنه يجب على السلطان أو نائبه أن يخرج من به نحو جذام أو برص من بين أظهر الناس و يفرد لهم محلا خارج البلد و ينفق على فقرائهم من بيت المال اه و قواعدنا لا تأباه و ضابط الغش المحرم أن يشتمل المبيع على وصف نقص لو علم به المشترى امتنع عن شرائه فكل ما كان كذلك يكون غشا و كل ما لا يكون كذلك لا يكون غشا محرما ذكره في الفتاوى المذكورة و لا مانع منه عند تأمل اه.

و إذا اطلع المشتري على عيب

قال الجوهريّ (١) العيب و العيبة و العاب بمعنى واحد تقول عاب المتاع أي صار ذا عيب و عبته أنا يتعدى و لا يتعدى فهو معيب و معيوب أيضا على الأصل و تقول ما فيه معابة و معاب اى عيب و في المبسوط العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة. (و إذا اطلع المشترى (٢) على عيب

(١)قال الجوهريّ في الصحاح مادة عيب ص ١٩٠ ج١. و في لسان العرب ص٦٣٣ ج١. (قال) ابن سيده: العاب و العيب و العيبة: الوصمة. قال سيبويه: أمالوا العاب تشبيها له بألف رمى لأنها منقلبة عن ياء و هو نادر و الجمع: أعياب و عيوب الأول عن ثعلب. و المعاب و المعيب: العيب. و عاب الشيء و الحائط عيبا: صار ذا عيب و عبته أنا و عابه عيبا و عابا و عيبه (باب تفعيل) و تعيبه (باب تفعل) نسبه إلى العيب و جعله ذا عيب يتعدى و لا يتعدى. و رجل عياب و عيابة (بتشديد الياء فيهما) و عيبة (بضم العين و فتح الياء المخففة) كثير العيب للناس. و المعايب: العيوب و شيء مغيب و معيوب على الأصل و تقول ما فيه معابة و معاب (بفتح الميم فيهما) أي عيب و يقال موضع عيب. اه ملخصا. (٢)و اذا اطلع المشترى الخ. قال العلامة الفهامة ابن نجيمّ في البحر الرائق ص٥٩ ج٦. و لا بد للمسألة من قيود الاول أن يكون العيب عند البائع الثاني ان لا يعلم به المشترى عند البيع الثالث أن لا يعلم به عند القبض و هى في الهداية الرابع أن لا يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحليلها و نجاسة الثوب و ينبغي جمله على ثوب لا يفسد بالغسل و لا ينقص كذا في فتح القدير و لا حاجة الى قوله ينبغي مع التصريح قال في الولوالجية اشترى ثوبا فوجد فيه دما ان كان اذا غسله من الدم ينقص الثوب كان عيبا لوجوده حده و الا لا يكون عيبا اه و لو اشترى جبة فوجد فيها فارة ميتة فهو عيب لوجود حده فان لبسها حتى نقصها رجع بنقصان العيب لتعذر الرد اه و قيدها في البزازية بان يضرها الفتق فان ضرها يردها و ان لم يضرها لم يردها اه الخامس أن لا يشترط البراءة منه خصوصا أو من العيوب عموما و سيأتى آخر الباب السادس أن لا يزول قبل الفسخ فان زال ليس له الرد مثل بياض العين اذا انجلى و الحمى اذا زالت كذا في السرج الوهاج و يستثنى من اطلاقهم مسائل ذكرناها في الفوائد الاولى بيع صيد بين حلالين ثم احرما أو أحدهما فوجد به عيبا امتنع رده و انما يرجع بالنقصان كما صرحوا به في جنايات الاحرام الثانية قال في البغية و القنية لو كان في الدار باب في الطريق الاعظم و بابه في سكة غير نافذة أقام أهلها بينة انهم أعاروا البائع هذا الطريق فامر القاضي بسده يخير المشترى ان شاء رده و ان شاء رجع بنقصان ذلك الطريق و التخيير هنا بخلاف سائر العيوب اه الثالثة اشترى الذمى خمرا و قبضها و به عيب ثم أسلم سقط خيار الرد كذا في مهر فتح القدير الرابعة اشترى كفنا للميت و وجد به عيبا لا يرد و لا يرجع بالنقصان ان تبرع به أجنبي و لو وارثا رجع بالنقص ان كان من التركة اه الخامسة اشترى من عبده المأذون المديون المستغرق فوجد به عيبا لا يرده عليه و لا على بائعه ان كان الثمن منقودا و ان لم ينقده المولى و قبض المبيع أولا و وجد به عيبا يرده انكان الثمن من النقود أو كيليا أو وزنيا بغير عينه لانه يدفع بالرد مطالبة المأذون من نفسه و ان كان عرضا لا يمكن الرد و في المحيط لو اشترى المولى من مكاتبه فوجد به عيبا لا يرده و لا يرجع و لا يخاصم بائعه لكونه عبده اه السادسة باع نفس العبد من العبد بجارية ثم وجد بها عيبا رد الجارية و أخذ من العبد قيمة نفسه عندهما و عند محمد رحمه الله تعالى يرجع بقيمة الجارية السابعة باع الوارث من مورثه فمات المشترى و ورثه البائع و وجد به عيبا رد الى الوارث الآخران كان و ان لم يكن له سواه لا يرد و لا يرجع بالنقصان و كذا اذا اشترى لنفسه من ابنه الصغير شيأ و قبضه و أشهد ثم وجد به عيبا يرفع الامر الى القاضي =>

....

....

=> حتى ينصب عن ابنه خصما يرده عليه ثم يرد الاب لابنه على بائعه و كذا لو با ع الأب من ابنه و كذا لو با ع من وارثه فورثه المشترى و وجد به عيبا يرفع الامر الى القاضى فينصب خصما فيرده المشترى اليه و يرده القيم الى الوارث نقده الثمن أو لا في الصحيح الثامنة اشترى العبد المأذون شيئا و ابرأه البائع عن الثمن لا يرده بالعيب و ان المشترى حرا لو بعد القبض فكذلك و ان قبله فله الرد لانه امتنا ع عن القبول و كذا خيار الشرط التاسعة لو اصطلحا على أن يدفع البائع شيئا و المبيع للمشترى جاز بخلاف ما لو اصطلحا على أن يدفع المشترى شيئا و الجارية للبائع لا لانه ربا و المسائل المذكورة من الرابعة الى الثامنة في البزازية العاشرة اشترى اناء فضة مشارا اليها فوجده رديئا ليس له الرد الا اذا كان به كسر أو غش و كذا اذا اشترى جارية فوجدها سوداء تام الخلقة ليس له الرد لان الفح في الجوارى ليس بعيب الحادى عشر قال في المحيط وصى أو وكيل أو عبد مأذون اشترى شيئا بالف و قيمته ثلاثة آلاف درهم فليس له أن يرده بالعيب لما فيه من الاضرار باليتيم و الموكل و المولى و لو كان في خيار الشرط و الرؤية فله الرد لعدم تمام الصفقة اه (تنبيهات مهمة) الاول وجد بالمبيع الذى له حمل و مؤنة عيبا و رده فمؤنة الرد على المشترى الثانى اشترى عبدا و تقابضا و ضمن رجل له عيوبه فاطلع على عيب و رده لا ضمان عليه على قياس قول الامام لانه باطل كضمان العهدة و لو ضمن له ضمان السرقة أو الحرية فوجده مسروقا أو حرا أو الجنون أو العمى فوجده كذلك رجع على الضامن بالثمن و لو مات عنده و قضى بالنقص رجع به على ضامن الثمن و لو ضمن له حصة ما يجده فيه من العيب جاز عند الامامين ان رد رجع بالثمن كله و ان تعيب عنده رجع بحصة العيب على الضامن كما يرجع على البائع و ان ضمن ما لحقه من الثمن من عهدة هذا البيع كان كذلك عند الامام ان استحق رجع بالثمن الثالث ادعى عليه عيبا في المبيع فاصطلحا على أن يبذل البائع للمشترى مالا ثم بان انه لا عيب أو كان لكنه برئ استرد بدل الصلح اه الرابع اطلع على عيب بالغلام أو الدابة فلم يجد المالك فاطعمه و أمسكه و لم يتصرف فيه بما يدل على الرضاء يرده لو حضر و يرجع بالنقصان ان هلك و في الحاوى القدسى انه اذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا و هوغريب و المعتمد انه على التراخي الخامس اطلع على عيب فاعلم القاضي و برهن على الشراء و العيب فوضعها القاضي عند عدل وماتت عنده ثم حضر البائع ان كان لم يقض بالرد على الغائب لم يرجع عليه بالثمن و ان كان قضى رجع لان للقضاء نفاذا في الاظهر عن أصحابنا و في السير اشترى دابة في دار الاسلام و خرج عليها غازيا و اطلع على عيب بغيبة البائع لا يركبها و ان في دار الحرب لانه رضا و ان أمره الامام لكن اذا قضى بان الركوب ليس برضا نفذ و أمضاه القاضي الثانى السادس خاصم البائع في العيب ثم ترك الخصومة زمانا و زعم أن الترك كان لينظر هل هو عيب أم لا له الرد السابع أقر المشترى بعد ما اطلع على عيب أو قبله ان المبيع كان لفلان غير البائع و كذبه فلان له الرد على البائع و تمام مسائل الاقرار للغير بالمبيع مذكورة في الولو الجية الثامن عثر على عيب فقال للبائع ان لم أرد اليك اليوم رضيت به قال محمد رحمه الله تعالى القول باطل و له الرد التاسع قال البائع ركبتها بعد العثور على العيب في حاجتك و قال المشترى بل ركبتها لأردها عليك فالقول قول المشترى العاشر اطلع على عيب قبل القبض فقال المشترى للبائع رددته عليك بطل البيع قبل البائع أولا و الكل من البزازية و في السراج الوهاج و ان قال ذلك بعد القبض لم يكن ذلك ردا ما لم يقل البائع قبلت أو رضيت ثم اذا رده برضا البائع كان فسخا في حقهما بيعا في حق غيرهما اه و ان رده بحكم =>

في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن و إن شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به و ليس له أن يمسكه و يأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها

في المبيع فهو بالخيار إن شاء اخذه بجميع الثمن و إن شاء رده لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة) أي سلامة المعقود عليه (فعند فواته) اي فوات السلامة (يتخير) أي المشترى (كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به) و الضرر مدفوع شرعاً. (و ليس له) اى للمشترى (ان يمسكه) أي المبيع الذي اطلع فيه على عيب (و يأخذ النقصان) أي نقصان العيب و به قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى و قال أحمد رحمه الله تعالى له أحد الامرين لانه حقه و نقصان العيب إما القيمة أو الأرش و ليس له ذلك لان الفائت وصف اذ العيب إما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او بغيره من حيث الظاهر كالعمى و العور والشلل و الزمانة و السن الساقطة و إما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم و ارتفاع الحيض فى زمانه و الزنا و الدفر و البخر فى الجارية و في ذلك كله فوات وصف فلا يصح ان يأخذ النقصان. (لأن الأوصاف لا يقابلها

=> فهو فسخ عام و كذا كل عقد ينفسخ بالرد و يكون المردود مضمونا بما يقابله كذا فى جامع الفصولين و فى القنية اشترى حمارا و وجد به عيبا قديما فاراد الرد فصولح بينهما بدينار و أخذه ثم وجد به عيبا قديما آخر فله رده مع الدينار ثم رقم لآخر انه يرجع بنقصان العيب و عنه انه يرده اهـ الحادى عشر باع بعيرا فوجده المشترى معيبا فرده فقال له البائع اذهب فتعهده الى عشرة أيام فان برئ فلك البعير و ان هلك فمن مالى لا يكون ردا كذا فى القنية الثانى عشر المشترى اذا رد المبيع بالعيب فانه يرجع بالثمن على بائعه الا فى مسئلة فى القنية باع عبدا و سلمه ثم وكل وكيلا بقبض الثمن فاقر الوكيل بقبضه و هلاكه و جحد البائع الموكل برئ المشترى و لا ضمان على الوكيل فان جحد المشترى به عيبا رده و لا يرجع بالثمن على البائع لاقرار الوكيل و لا على الوكيل لكونه أمينا و ليس بعاقد و الثانية فى الفوائد الثالث عشر قال البائع بعته لك معيبا بهذا العيب و قال المشترى اشتريته سليما فالقول للمشترى ثم رقم أنه ينبغى ان يحكم الثمن يعنى ان كان الثمن يسيرا فالقول للبائع و الا فللمشترى اهـ الرابع عشر اشترى حمارا بثلاثة دنانير ذهب ثم اعطاه عوضها دراهم ثم رده بعد شهر بعيب و قد انتقص سعر الدراهم فله أن يطلب من البائع عين الذهب و بمثله أجاب فى الاقالة الا اذا دفع مكان الذهب حنطة و هى و ما قبلها فى القنية الخامس عشر الموصى له لا يملك الرد بالعيب الا اذا لم يكن وارث كذا فى الصغرى. (١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص٢٣٨ ج٤. (الفصل الثانى) أنه متى علم بالمبيع عيبا لم يكن عالما به فله الخيار بين الامساك و الفسخ سواء كان البائع علم العيب و كتمه أو لم يعلم لا نعلم بين أهل العلم فى هذا خلافا و فيه ص٢٤٠ ج٤. (الفصل الخامس) أنه اذا اختار المشترى امساك المعيب و أخذ الأرش فله ذلك و هذا قول اسحاقّ و قال أبو حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى ليس له إلا الامساك أو الرد و ليس له أرش إلا أن يتعذر رد المبيع.

شيء من الثمن في مجرد العقد و لأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به و دفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره و المراد به عيب كان عند البائع و لم يره المشتري عند البيع و لا عند القبض لان ذلك رضاء به

شيء من الثمن) لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف و الأصل أو بالأول دون الثاني أو بالعكس لا سبيل إلى الأول و الثاني لئلا يؤدي (١) إلى مزاحمة التبع الأصل فتعين الثالث و إنما قال (في مجرد العقد) احترازاً (٢) عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول كما إذا ضربت الدابة فاعورت أو صارت معيباً أو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط نصف الثمن لأنه صار مقصوداً بالتناول أو حكماً بأن يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشترى أو لحق الشرع بالجناية فإن لها قسطاً من الثمن حينئذ. و عن هذا قلنا إن من اشترى (٣) شاة أو بقرة فحلبها و شرب لبنها ثم علم بعيبها لا يردها بالعيب و لكن يرجع بنقصان العيب عندنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى يردها بالعيب بجميع الثمن و لكن ذكر في كتبهم أن الشافعي رحمه الله تعالى قال في القديم يثبت له الرد و قال في الجديد لا يثبت له الرد. (و لأنه) دليل آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أي و لأن البائع (لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى) في العقد (فيتضرر به) أي بزوال ملكه بأقل من المسمى (و دفع الضرر) جواب عما يقال إن المشترى أيضاً يتضرر حيث يأخذ المبيع المعيب فأجاب بقوله و دفع الضرر (عن المشترى ممكن بالرد) أي برد المبيع (بدون تضرره) أي تضرر البائع فإن قيل (٤) البائع إذا باع معيباً فإذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب و لا خيار له و على هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما أجيب بأن المبيع كان في يد البائع و تصرفه و ممارسته طول زمانه فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار و إن ظهر بخلافه. و أما المشتري فإنه ما رأي المبيع فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار (و المراد به عيب كان عند البائع) هذا كلام المصنفؒ يوضح به قول القدوريؒ و إذا اطلع المشتري على عيب إلى آخر هذا من كلام القدوريؒ فقال المصنفؒ و المراد به أي بالعيب الذي ذكره القدوريؒ عيب كان عند البائع. (و لم يره المشتري عند البيع و لا عند القبض لأن ذلك) أي رؤية العيب عند إحدى الحالتين (رضاء به) أي بالعيب دلالة

---

(١)لئلا يؤدى الخ. أقول أنت خبير بأن المزاحمة في الأول و في الثاني ترجيح التبع على الأصل فليتأمل كذا في السعدية. (٢)احترازا الخ. كذا في فتح القدير ص٣ ج٦. (٣)من اشترى الخ. كذا في الهندية عن الفصول العمادية ص٧٥ ج٣. (٤)فان قيل الخ. كذا في العناية و الكفاية ص ٤ ج٦.

....

و الأصل في هذا الباب ما قاله البخاريّ (١) و يذكر عن العداء بن خالد رضى الله تعالى عنه كتب لي النبى ﷺ هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء من خالد رضى الله تعالى عنه بيع المسلم المسلم لا داء و لا خبثة و لا غائلة. ثم قال (٢) في الصحيح قال قتادة رضى الله تعالى عنه الغائلة الزنا و السرقة و الإباق. و المشتري هو رسول الله ﷺ كما ترى. روى ابن شاهينّ في معجمه عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال قال لي العداء بن الخالد بن هوذة رضى الله تعالى عنه ألا أقرئك كتابا كتبه لي رسول الله ﷺ قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة رضى الله تعالى عنه من محمد رسول الله ﷺ عبداً أو أمة لاداء و لا غائلة و لا خبثة بيع المسلم المسلم و المشترى هو العداء رضى الله تعالى عنه كما ترى و أثبت في الفائق كما في المعجم. و في المغرب (٣) الصحيح أن المشتري كان العداء رضى الله تعالى عنه و البائع هو رسول الله ﷺ و قال تاج الشريعةّ المشتري رسول الله ﷺ على ما ذكره في شرط الخصاف و شروط الطحاويّ و تابعهما في ذلك الحاكم السمرقنديّ قلت رواية ابن شاهينّ تدل على أن المشتري هو العداء رضى الله تعالى عنه و كذلك رواه الترمذيّ بلفظ هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة رضى الله تعالى عنه من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه الحديث. و كذلك رواه النسائي و ابن ماجة رحمهما الله تعالى و كلهم اتفقوا على أن البائع هو النبى ﷺ و المشتري العداء رضى الله تعالى عنه و وقع عند البخاريّ بالعكس فقيل (٤) إن الذي وقع عنده مقلوب و قيل هو صواب و هو من الرواية بالمعنى لأن اشتري و باع بمعنى واحد و لزم من ذلك تقديم اسم رسول الله ﷺ على اسم العداء و شرحه ابن العربيّ على ما وقع في الترمذيّ فقال فيه البداءة

(١)قاله البخاريّ تعليقا في البيوع باب اذا بين البيعان و لم يكتما و نصحا ص٢٧٩ ج١ و قد وصل هذا التعليق الترمذيّ في البيوع باب ما جآء في كتابة الشروط ص١٤٦ ج١ و قال هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث عباد بن ليث و قد روى عنه هذا الحديث غير واحد من أهل الحديث و ابن ماجةّ في التجارات باب شراء الرقيق ص١٦٣. (٢)ثم قال أي البخاريّ في الصحيح في الباب المذكور آنفا ص٢٧٩ ج١. قال قتادةّ الخ. أقول هذا التلعيق وصله ابن مندةّ من طريق الاصمعي عن سعيد بن أبي عروبة عنه. و في المطالع الظاهر أن تفسير قتادةّ يرجع إلى الخبثة و الغائلة معا كذا في عمدة القارى ص١٩٣ ج١١. (٣)و في المغرب مادة عدو ص٤٦ ج٢. و في فتح القدير ص٣ ج٦. و تعليق البخاريّ انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله و قال معاذ رضى الله تعالى عنه لأهل المين. (٤)فقيل الخ. كذا في عمدة القارى ص١٩٢ ج١١.

قال و كلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب

باسم المفضول في الشروط إذا كان هو المشتري و العداء رضى الله تعالى عنه (١) بفتح العين و تشديد الدال المهملتين ممدود و كان إسلامه بعد الفتح و بعد حنين و بقي إلى زمن يزيد بن المهلب وكان يسكن البادية و قد استقصينا الكلام فيه في شرحنا (٢) للبخارى و قال (٣) الخطابيّ الداء ما يكون بالرقيق من الأدواء التي يرد بها كالجنون و الجذام و البرص و نحوها من الآفات و الخبثة ما كان خبيث الأصل مثل أن يسبى من له عهد و معنى الغائلة ما يغتال حقك من حيلة و ما يدلس عليك في المبيع من عيب و قال الزمخشريّ في الفائق الغائلة الخصلة التي تغول المال أي تهلكه من إباق و غيره... انتهى. و تفسير الداء فيما رواه الحسنّ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى المرض فى الجوف و الكبد قال المرض ما يكون فى سائر البدن و الداء ما يكون فى الجوف و الكبد و الرئة و فيما روي عن أبى يوسف رحمه الله تعالى قال الداء المرض و الغائلة ما يكون من قبل الأفعال كالاباق و السرقة و الخبثة هو الإستحقاق و قيل هي الجنون كذا فى (٤) المبسوط و الخبثة بكسر الخاء المعجمة و سكون الباء الموحدة و فتح الثاء المثلثة و قال ابن التينّ (٥) أحد شراح البخارى ضبطناه فى أكثر الكتب بضم الخاء و كذلك سمعناه و ضبط في بعضها بالكسر و قال الخطابيّ خبثة على وزن خبزة قيل أراد بها الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب و قيل المراد الاخلاق الخبيثة كالإباق ثم وجه الإستدلال بهذا الحديث أن فيه تنصيصاً على ان البيع يقتضي سلامة المبيع من العيب. (قال) أي القدوريّ أراد بهذا بيان معرفة العيوب لأنه قال أولاً إذا اطلع المشتري على عيب إلى آخره يحتاج إلى معرفة العيوب فبين المعيب بهذا الكلي و هو قوله (و كلما (٦) أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) هذا ضابط كلي

(١)العداء رضى الله تعالى عنه الخ. قال الحافظ فى الاصابة ص ٤٦٦ ج٢. (٥٤٦٧) العداء بوزن العطاء ابن خالد بن هوذة بن خالد بن عمرو بن عامر بن صعصعة العامرى رضى الله تعالى عنه. نسبه هشام بن الكلبى و ذكره هو و والده فى المؤلفة و قال غيره هوذة بن ربيعة بن عمرو و الباقي سواء و وهم البغوىّ فجعله من ولد أنف الناقة بن قريع التميمى و ليس كذلك و انما أنف الناقة آخر و هو أخو عمرو بن عامر بن صعصعة و اسم أنف الناقة هذا ربيعة و يعرف بالبكاء و اليه ينسب زياد البكائى أسلم العداء رضى الله تعالى عنه بعد حنين مع أبيه و أخيه حرملة و قد تقدم ذكرهما و للعداء رضى الله تعالى عنه أحاديث و كانه عمر فان عند أحمدّ أنه عاش إلى زمن خروج يزيد بن المهلب. (قلت) و كان ذلك سنة إحدى أو اثنتين و مائة عداده فى اعراب البصرة و كان وفد على النبى ﷺ فأقطعه مياها كانت لبنى عامر. و راجع أيضا الاستيعاب لابن عبد البر المالكىّ. (٢)فى شرحنا للبخارى يعنى عمدة القارى ص ١٩٢ ج١١. (٣)قال الخطابىّ الخ. كذا فى فتح القدير. (٤)كذا فى المبسوط للسرخسىّ ص١٠٦ ج١٣. (٥)قال ابن التين الخ. كذا فى عمدة القارى ص١٩٣ ج١١. (٦)و كلما أوجب الخ. و فى خزانة الفقة العيب ما نقص العين =>

لأن التضرر بنقصان المالية و ذلك بانتقاص القيمة و المرجع في معرفته عرف أهله و الاباق و البول في الفراش و السرقة فى الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ

يعلم بها العيوب الموجبة للخيار علي سبيل الإجمال (لأن التضرر بنقصان المالية و ذلك بانتقاص (١) القيمة و المرجع في معرفته عرف أهله) و في الذخيرة (٢) ففي كل شيء يرجع إلى أهل الصنعة فما يعدونه عيباً فهو عيب و إن لم يوجب نقصاناً في العين و لا في منافعها. (قال) أي القدوري (و الاباق و البول في الفراش و السرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ) هذه الأشياء الثلاثة عيب في الصغير الذي لم يبلغ فإن أبق الصغير الذي يعقل من مولاه ما دون السفر من المصر إلى القرية أو بالعكس فهو عيب لأنه يفوت المنافع على المولى و إذا بال في الفراش و هو مميز يأكل وحده و يشرب وحده فكذلك عيب و إن سرق درهماً من مولاه أو من غيره فكذلك لاخلال بالمقصود لأنه لا يأمنه على ماله و يشق عليه حفظ ماله على الدوام و لا فرق بين سرقته من مولاه و غيره إلا فى المأكولات للاكل فإن سرقها من مولاه فليس بعيب فإذا وجدت هذه الأشياء من الصغير عند البائع و المشتري في صغره فهو عيب يرد به. (فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) أي حتى يعاوده عند البائع بعد البلوغ ثم عاوده عند المشتري حاصله اذا وجد من الصغير أحد هذه الأشياء فى صغره ثم بيع فبلغ فى يد المشترى ثم وجد أحد هذه الأشياء فى يده لا يعتبر بذلك عيباً لاختلاف الحالة إلا إذا عاوده بعد البلوغ في يد البائع ثم باعه فوجد ذلك في يد المشتري يكون ذلك عيباً

=> أو المنفعة و إلا فان أعده التجار عيبا كان عيبا و الا فلا انتهى. أقول و هو أحسن مما فى مختصر القدوري لأن نقصان الثمن بسبب نقص العين أو المنفعة مما يعرفه كل أحد لا أنه مقيد بالتجار كما يوهمه كلام القدوري.

(١) بانتقاص القيمة. يفيد أن المراد بالثمن فى المتن القيمة. (٢) و فى الذخيرة الخ. و فى فتح القدير ص ٤ ج٦. و المرجع فى كونه عيبا أو لا لأهل الخبرة بذلك و هم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات و بهذا قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و سواء كان ينقص العين أو لا ينقصها و لا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الأسود الصحيح القوى على العمل و كما فى جارية تركية لا تعرف لسان الترك انتهى. و فى المنحة على البحر ص ٦٤ ج٦. و فى البزازية اشترى (جارية) تركية أو هندية لا تحسنها ان عده أهل الخبرة عيبا فكذلك و إلا لا. و فى البحر ص ٦٤ ج٦. و الضابط عند الشافعية رحمهم الله تعالى أنه يرد بكل ما فى المعقود عليه من منقص القيمة أو نقصان يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى امثال المبيع عدمه. قالوا و انما شرطنا فوات غرض صحيح لأنه لو بان فوات قطعة يسيرة من فخذه أو ساقه لا رد و لو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ردها و إلا فلا و شرطنا الغالب لأنه لا ترد الأمة اذا كانت ثيبا مع أن الثيابة معنى ينقص القيمة لكن ليس الغالب عدم الثيابة كذا فى شرح وجيزهم كما فى المعراج و قواعدنا لا تأباه للمتأمل.

و معناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك و إن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأن غيره و هذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر و الكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة و بعد الكبر لداء في الباطن الاباق في الصغر لحب اللعب و السرقة لقلة المبالاة و هما بعد الكبر لخبث في الباطن

لاتحاد الحالة. و قد نص (١) في الكافي و المحيط و شرح الطحاوي على اشتراط المعاودة عند البائع و في الكفاية و شرح قاضى خان المعاودة في يد البائع ليست بشرط للرد فإن هذه الأفعال في عادة الصبيان فإن امتنع عنها بالبلوغ لم يكن ما سبق عيباً و لا يرد به فإن عاوده تبين أنه كان يفعله طبعاً لاعادة و ذلك عيب فيرد به. و قد أوضح المصنفّ كلام القدوريّ المذكور بقوله (و معناه) أي و معنى ما قاله القدوريّ من قوله فإذا بلغ إلى آخره (إذا ظهرت) أي الأشياء المذكورة (عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه) اي لأن الذي حدث من هذه الأشياء (عين ذلك) أي عين ذلك الذي حدث عند البائع. (و إن حدثت بعد بلوغه) يعني عند المشتري (لم يرده لأنه غيره) أي غير الذي حدث عند البائع (و هذا) إشارة إلى إيضاح بيان الفرق بين الحالتين المذكورتين (لأن سبب هذه الأشياء) أي الإباق و البول في الفراش و السرقة (يختلف بالصغر و الكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة و بعد الكبر لداء في الباطن و الاباق في الصغر لحب اللعب و السرقة) في الصغر (لقلة المبالاة و هما) أي الاباق و السرقة (بعد الكبر لخبث في الباطن) و في المبسوط (١) الاباق في الصغر سببه سوء الأدب وحب اللعب و بعد البلوغ سببها التمرد و قلة المبالاة بالمولى و كذلك السرقة سببها قبل البلوغ قلة التأمل في عواقب الأمور بسبب الصغر و بعد البلوغ سببها التمرد. و لهذا لا يجب بها على الصبي ما يجب على البالغ و في الإيضاح (٢) السرقة و البول في الفراش قبل أن يأكل وحده و يشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل و بعد ذلك هو عيب مادام صغيراً و كذلك الاباق. و في (٣) الذخيرة و السرقة و إن كانت أقل من عشرة دراهم عيب لأن الإنسان لا يأمن من السارق

(١)و قد نص الخ. و في الهندية ص٦٩ ج٣. و فيما عدا الجنون من السرقة و الاباق و البول على الفراش ذكر شمس الأئمة الحلوانيّ في شرحه ظاهر الجواب أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري و من المشايخ من قال يشترط و هو الصحيح و بعضهم ذكروا في شروحهم أن معاودة هذه الاشياء شرط بلاخلاف من المشائخ و هكذا ذكر في عامة الروايات كذا في المحيط. (١)و في المبسوط للسرخسيّ ص١٠٨ ج١٣. (٢)و في الايضاح الخ. كذا في الكفاية ص٤ ج٦ و نحوه في فتح القدير. (٣)و في الذخيرة الخ. و كذا في الكفاية ص٥ ج٦. و في البحر ص٦٧ ج٦: و في الظهيرية من المحاضر أن الطرار و النباش و قاطع الطريق كالسارق عيب في العبد. =>

....

على مال نفسه. و في ذلك العشرة و ما دونها سواء و قيل ما دون الدرهم و هو فلس أو فلسان ليس بعيب و إباق (١) ما دون السفر عيب عند المشايخ كإباق مدة السفر لكن تكلموا هل يشترط الخروج من المدينة فقيل شرط حتى لو أبق من محلة إلى محلة لا يكون عيباً و من القرية إلى المصر إباق... و كذا على العكس و البول (٢) في الفراش إنما يكون عيباً إذا كان صغيراً ابن خمس سنين.

=> و اذا نقب البيت و لم يختلس فهو عيب و فى جامع الفصولين لو سرق بصلا أو بطيخا من الغلة أو فلسا كما تسرق التلامذة لم يكن عيبا و لو سرق بطيخا من غلة الأجنبى فهو عيب هو المختار. و فى الهندية ص ٧٠ ج٣. و ان سرق شيئا من المأكولات للادخار يكون عيبا المولى و الأجنبى فيه سواء كذا فى الفصول العمادية. (١)و إباق الخ. و فى البحر ص ٦٤ ج٦. و فى الجوهرة قال الثعالبى الآبق الهارب من غير ظلم السيد فان هرب من الظلم لا يسمى آبقا بل يسمى هاربا فعلى هذا الاباق عيب و الهروب ليس بعيب اه. و فى الهندية ص ٦٩ ج٣. وحد الاباق أنه اذا استخفى و غاب من مولاه تمردا فهو إباق و هو اختيار الشيخ الامام ظهير الدين المرغينانى هو المختار و به يفتى كذا فى مختار الفتاوى. الاباق ما دون السفر عيب بلا خلاف بين المشائخ كذا فى النهاية. اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق إن أبق من المولى أو من رجل كان عنده باجارة أو عارية أو وديعة فان لم يخرج عنه اختلفوا فيه و الأشبه أن يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا و ان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها و بيوتها لا يكون عيبا كذا فى التبيين. و من القرية إلى مصر اباق و كذا على الكعس و لو أبق من غاصب إلى مولاه فليس بعيب و لو أبق منه و لم يرجع لا الى المولى و لا إلى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه و يقوى على الرجوع اليه فهو عيب و ان لم يعرفه أو لا يقدر فلا كذا فى فتح القدير (ص٧ ج٦) و ان أبق فى دار الحرب من المغنم قبل أن يقسم ثم رد إلى المغنم فهو ليس بآبق و ان بيع فى المغنم أو قسم المغنم فوقع فى سهم رجل فأبق فى دار الحرب يريد الرجوع الى اهله أو لا يريد فهو آبق كذا فى الظهيرية. و فى البحر ص ٤٢ ج٦. و فى البزازية قال لآخر اشتره لا عيب فيه فاشتراه ثم وجد به عيبا له أن يرده على بائعه و لو قال اشتر هذا العبد فانه غير آبق و المسألة بحالها لا يرد بعيب الاباق. و فى الصغرى قول المشترى ليس به عيب لا يكون اقرارا بانتفاء العيوب و لو عين فقال ليس بآبق لا يكون اقرارا بانتفائه. شهدا أنه باعه بشرط البراءة من كل عيب أو من الاباق ثم اشتراه الشاهد و وجده به عيبا أو قال أنه آبق له الرد. عبدى هذا آبق فاشتراه و باع من آخر فوجده الثانى آبقا و أراد الرد باقرار بائعه لا يقبل. و ان قال عند البيع بعته على أنه آبق أو على أنه برئ من إباقه يرده و لو قال انه برئ من الاباق لا لعدم الاضافة اه. و فى جامع الفصولين و لو شراه و أبق من عنده و كان أبق عند البائع لا يرجع بنقصان العيب ما دام القن حيا آبقا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و كذا لو سرق المبيع فعلم بعيبه لا يرجع بنقصه ليس للمشترى أن يطلب البائع بثمنه قبل عود الآبق اه. و فى الصغرى قبل عوده أو موته. (٢)و البول الخ. و فى الهندية ص ٧٠ ج٣. قال فى الفوائد الظهيرية و هنا مسئلة عجيبة و هى أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش كان له أن يرد فان لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب آخر كان له أن يرجع بنقصان العيب فاذا رجع بنقصان العيب ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد ما أعطى من النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية لهذه المسئلة فى الكتب ثم قال و كان والدى رحمه الله تعالى يقول ينبغى أن يسترده استدلالا بمسئلتين احداهما أن الرجل اذا اشترى جارية فوجدها =>

و المراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيباً. قال و الجنون في الصغر عيب أبداً و معناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول إذ السبب في الحالين متحد

و قال الشافعي رحمه الله تعالى و أما البول في الفراش فالأظهر اعتبار الاعتياد فيه إذا كان في غير أوانه و أما في الصغر فلا و قدره في التهذيب بما دون سبع سنين كذا في شرح (١) الوجيز و عندنا الكل عيب عند اتحاد الحالتين في المعاودة سواء كان ذلك قبل البلوغ أو بعده. (و المراد من الصغير من يعقل) أي المراد من قول القدوريّ في الصغير عيب الصغير الذي يعقل و قال في التحفة الصغير الذي لا يأكل وحده ليس فيه عيب من الأشياء المذكورة و يفهم منه الذي يعقل هو الذي يأكل وحده. (و أما الذي) أي و أما الصغير الذى (لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيباً) يعني لا يترتب عليه حكم الآبق لأنه ضال (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و الجنون (٢) في الصغر عيب أبداً) و قال المصنف رحمه الله تعالى (و معناه) أي معنى (٣) ما قاله محمد رحمه الله تعالى (إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشترى فيه) أي في الصغر (أو في الكبر) أي أو عاوده في الكبر (يرده لأنه عين الاول) الذي وجد عند البائع. (إذ السبب في الحالين متحد) أي في الحال الذي كان عند البائع و الحال الذى كان عند المشتري و ليس مراد محمد رحمه الله تعالى أن عين الجنون لا تزول بل أراد سببه و هو الفساد المتمكن فيكون عيباً أبداً ففي أي وقت ظهر فهو بذلك السبب فلم يكن عيباً حادثاً و في المحيط (٤) تكلموا في

=> ذات زوج كان له أن يردها فان تعيبت عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع بالنقصان ثم أبانها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه و الثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له أن يرده فان تعيب عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ من مرضه هل للبائع أن يسترد النقصان قالوا ان كان البرء بالمداواة لم يكن له أن يسترده و إلا فله ذلك و البلوغ ههنا لا بالمداواة فكان له أن يسترده كذا في النهاية. و عدم استمساك البول عيب كذا في البحر الرائق. (١)كذا في شرح الوجيز ص ٢١٢ ج٤. و في المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص ٢٤٤ ج٤. و أما السرقة و الاباق و البول في الفراش فهى عيوب في الكبير الذى جاوز العشر و قال الثورى و اسحاق رحمهما الله تعالى ليس بعيب فيه حتى يحتلم انتهى ملخصا. (٢)و الجنون. و في الصحاح للجوهرى مادة جن ص٢٠٩٣ ج٥. جن الرجل (على صيغة المجهول) جنونا و أجنه الله فهو مجنون و لا تقل مجن و قولهم في المجنون ما أجنه شاذ لا يقاس عليه لأنه لا يقال في المضروب ما أضربه و لا في المسلول ما أسله. (٣)معنى ما قاله الخ. و في البحر ص٦٧ ج٦. و هو الصحيح و هو قول الجمهور رحمهم الله و هو المذكور في الأصل و الجامع الكبير و به أخذ الطحاويّ و لكن ميل الحلواني و خواهر زاده رحمهما الله تعالى الى ظاهر كلام محمد رحمه الله تعالى من عدم اشتراط العود عند المشترى. (٤)و في المحيط الخ. كذا في البحر ص٦٨ ج٦.

و هو فساد العقل (١)

مقدار الجنون قيل ساعة عيب و قيل أكثر من يوم و ليلة و قيل المطبق دون غيره و قال (٢) الاسبيجابيّ ظاهر الجواب عدم اشتراط المعاودة في يد المشترى و قيل تشترط و هو الصحيح و قيل تشترط بلا خلاف بين المشايخ في عامة الروايات (و هو فساد العقل) أي الجنون (٣) فساد العقل لأن العقل معدنه القلب و شعاعه في الدماغ و الجنون انقطاع ذلك الشعاع من الدماغ و الذي قاله (٤) المحققونّ العقل جوهر مضيئ خلقه الله تعالى في الدماغ و جعل نوره في القلب

(١)فساد العقل –ن– فساد الباطن. (٢)قال الاسبيجابيّ الخ. كذا في البحر ص٦٨ ج٦. و فيه أيضا فالحاصل أن المشايخ اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فمنهم من جعله كالاباق و البول في الفراش فلا بد من المعاودة و اتحاد السبب و هو قول أبي بكر الاسكاف البلخيّ كما في غاية البيان معزيا إلى أبي المعينّ في شرح الجامع الكبير و منهم من لم يشترطه نظرا الى قول محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير ان الجنون عيب لازم أبداً فاذا جن في يد البائع كفى للرد و اختاره الفقيه أبو الليثّ كما في غاية البيان و الحلواني و خواهرزاده رحمهما الله تعالى كما قدمناه و عامة المشائخ على اشتراط العود في يد المشترى و ان لم يتحد السبب و اختاره الصدر الشهيد و قاضي خان و صاحب الهداية رحمهم الله تعالى و صححوه و حكموا بغلط ما عداه. (٣)الجنون الخ. و في التلويح الجنون اختلال القوة المميزة بين الاشياء الحسنة و القبيحة المدركة للعواقب اه و الأخصر اختلال القوة التي بها ادراك الكليات و به يعلم تعريف العقل من انه القوة التي بها ذلك كذا في البحر ص٦٨ ج٦. (٤)الذى قاله المحققون الخ. اعلم ان العقل الذى هو مناط التكاليف الشرعية اختلف اهل الشرع في تفسيره فقال الأشعري هو العلم ببعض الضروريات الذى سميناه بالعقل بالملكة و ما قال القاضي هو العلم بوجوب الواجبات العقلية و استحالة المستحيلات وجواز الجائزات و مجارى العادات اى الضروريات التي يحكم بها بجريان العادة من ان الجبل لا ينقلب ذهباً فلا يبعد ان يكون تفسيراً لما قال الاشعري و احتج عليه بان العقل ليس غير العلم و إلا جاز تصور انفكاكهما و هو محال اذ يمتنع أن يقال عاقل لا علم له أصلا و عالم لا عقل له أصلا و ليس العقل العلم بالنظريات لانه مشروط بالنظر و النظر مشروط بكمال العقل فيكون العلم بالنظريات متأخراً عن العقل بمرتبتين فلا يكون نفسه فيكون العقل هو العلم بالضروريات و ليس علماً بكلها فان العاقل قد يفقد بعضها لفقد شرطه كما مر فهو العلم ببعضها و هو المطلوب. و جوابه انا لا نسلم انه لو كان غير العقل جاز الانفكاك بينهما لجواز تلازمهما و قال الامام الرازيّ و الظاهر ان العقل صفة غريزية يلزمها العلم بالضروريات عند سلامة الآلات و هي الجواس الظاهرة و الباطنة و انما اعتبر قيد سلامة الآلات لان النائم لم يزل عقله عنه و ان لم يكن عالماً حالة النوم لاختلال وقع في الآلات و كذا الحال في اليقظان الذي لا يستحضر شيئاً من العلوم الضرورية لدهش ورد عليه فظهر ان العقل ليس العلم بالضروريات و لا شك ان العاقل اذا كان سالما عن الآفات المتعلقة كان مدركاً لبعض الضروريات قطعاً فالعقل صفة غريزية يتبعها تلك العلوم و هذا معنى ما قيل قوة للنفس بها تتمكن من ادراك الحقائق و محل تلك القوة قيل الرأس وقيل القلب و ما قيل هو الاثر الفائض على النفس من العقل الفعال. و المعتزلة القائلون بان الحسن و القبح للعقل فسروه بما يعرف به حسن المستحسنات و قبح المستقبحات و لا يبعد ان يقرب منه ما قيل هو قوة مميزة بين الامور الحسنة و القبيحة. و قيل هو ملكة حاصلة بالتجارب يستنبط بها المصالح و الاغراض و هذا معنى ما قيل هو ما يحصل به الوقوف على العواقب وقيل هو هيئة محمودة للانسان =>

و ليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته و إن كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد.

يدرك به الغائبات بالوسائط و المحسوسات بالمشاهدة. (و ليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله عز و جل قادر على إزالته و إن كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد) أي لاجل الرد و قد ذكر آنفاً ما قاله المشايخ من الإختلاف فيه و ميل المصنفؒ إلى قول من يشترط المعاودة كما صرح به. فإن قلت قال فخر الإسلامؒ قول محمدؒ في الاصل الجنون عيب إذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبداً يدل أيضاً على انه لم يشترط فيه المعاودة في يد المشترى فكيف يقول المصنفؒ و ليس معناه إلى آخره. قلت لا يلزم من عدم ذكره اشتراط المعاودة في هذا الموضع أنه لا يشترطها أصلا فإنه قال و إن طعن المشترى بإباق أو جنون و لا يعلم القاضي ذلك

=> في حركاته و سكناته. و قيل هو نور يضيئ به طريق يبتدأ به من حيث ينتهي اليه درك الحواس فيبدا المطلوب للطالب فيدركه القلب بتامله و بتوفيق الله تعالى و معنى هذا انه قوة للنفس بها تنتقل من الضروريات الى النظريات و يحتمل أن يراد به الاثر الفائض من العقل الفعال كما ذكره الحكماء من ان العقل الفعال هو الذى يؤثر في النفس و يعدها للادراك و حال نفوسنا بالنسبة اليه كحال ابصارنا بالنسبة الى الشمس فكما ان بافاضة نور الشمس تدرك المحسوسات كذلك بافاضة نوره تدرك المعقولات فقوله نور اى قوة شبيهة بالنور في انها يحصل به الادراك و يضيئ اي يصير ذا ضوء اى بذلك النور طريق يبتدأ به اى بذلك الطريق و المراد به اى بالطريق الافكار و ترتيب البادى الموصلة الى المطلوب و معنى اضاءتها صيرورتها بحيث يهتدى القلب اليها و يتمكن من ترتيبها و سلوكها توصلاً الى المطلوب و قوله من حيث ينتهي اليه متعلق بقوله يبتدأ و ضمير اليه عائد الى حيث اي من محل ينتهي اليه ادراك الحواس فيبدأ اي يظهر المطلوب للقلب اي الروح المسمى بالقوة العاقلة و النفس الناطقة فيدركه القلب بتامله اي التفاته اليه و التوجه نحوه بتوفيق الله تعالى و الهاماً لابتاثير النفس او توكيدها فان الافكار معدات للنفس و فيضان المطلوب انما هو بالهام الله سبحانه فبداية درك الحواس هو ارتسام المحسوسات في احدى الحواس الخمس الظاهرة و نهاية دركها ارتسامها في الحواس الباطنة و من ههنا بداية درك العقل و نهاية درك العقل ظهور المطلوب كما عرف في الفكر بمعنى الحركتين هذا كله خلاصة ما في شرح التجريد و شرح المواقف و التلويح و في خلاصة السلوك قال اهل العلم العقل جوهر مضيئ خلقه الله تعالى في الدماغ و جعل نوره في القلب و قال اهل اللسان العقل ما ينجي صاحبه من ملامة الدنيا و ندامة العقبى و قال حكيم العقل حيٰوة الروح و الروح حيٰوة الجسد و قال حكيم ركب الله في الملائكة العقل بلا شهوة و ركب في البهائم الشهوة بلا عقل و في ابن آدم كليهما فمن غلب عقله شهوته فهو خير من الملائكة و من غلب شهوته عقله فهو شر من البهائم و قال اهل المعرفة العاقل من اتقى ربه و حاسب نفسه و قيل من يبصر مواضع خطواته قبل ان يضعها و قيل الذى ذهب دنياه لآخرته و قيل الذى يتواضع لمن فوقه و لا يحتقر لمن دونه و يمسك الفضل من منطقه و يخالط الناس باختلافهم و قيل الذى يترك الدنيا قبل ان تتركه و يعمر القبر قبل ان يدخله و ارضى الله قبل ان يلقاه و قيل اذا اجتمع للرجل العلم و العمل والادب يسمى عاقلا و اذا علم و لم يعمل أو عمل بغير أدب أو عمل بادب و لم يعلم لم يكن عاقلا. كذا في كشاف اصطلاحات الفنون ص١٠٣٣ ج٢. و ان اردت التفصيل فراجعه.

قال و البخر و الدفر عيب في الجارية لأن المقصود قد يكون الاستفراش

فإنه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان انه قد أبق عند المشترى أو جن عنده فصرح (١) باشتراط المعاودة في الجنون كما ترى (قال) أي القدوريّ في مختصره (و البخر) (٢) بفتحتين رائحة متغيرة من الفم و كل رائحة ساطعة فهي بخر مأخوذ من بخاري القدر أو بخارى الدخان كذا في الجمهرة (و الدفر) بالدال المهملة و فتح الفاء نتن ريح الإبط و في الجمهرة (٣) الدفر النتن يقال رجل ادفر و امرأة دفراء و يقال للمرأة يا دفار معدول عن دافرة و يقال شممت دفر الشيء و دفره بسكون الفاء و فتحها و أما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب أو نتن و ربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر و قال الكاكيّ السماع ههنا بالدال غير المعجمة و في شرح الوجيز (٤) المراد من البخر الذي نجعله عيبا هو الناشيء عن تغير المعدة دون ما يكون لفلج الاسنان فان ذلك يزول بتنظيف الفم (عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش

(١)فصرح الخ. و في البحر ص٦٨ ج٦. و الأصل أن المعاودة عند المشتري بعد الوجود عند البائع شرط للرد إلا في مسائل الأولى زنا الجارية و الثانية التولد من الزنا و الثالثة ولادة الجارية عند البائع أو غيره فانها عيب ترد به على رواية كتاب المضاربة و هو الصحيح و ان لم تلد ثانيا عند المشترى لأن الولادة عيب لازم لأن الضعف الذى حصل بها لا يزول أبدا و عليه الفتوى و في رواية كتاب البيوع لا ترد كذا في فتح القدير (ص٧ ج٦). (٢)البخر الخ. راجع لتحقيق لفظ البخر لغة لسان العرب ص٤٧ ج٤. و في البحر ص٦٩ ج٦. و في المستظرف يقال ان البخر يحصل من طول انطباق الفم و كل رطب الفم سائل اللعاب سالم منه و فيه كان يقال لا ابتلاك الله ببخر عبد الملك بن مروان و لا بصمم ابن سيرين و لا بعمى حسان و حكي أن عبد الملك أكل من تفاحة ثم رماها الى زوجته فتناولت السكين فسألها فقالت لأزيل الأذى عنها فغضب و طلقها. و في النهاية البجر بالجيم عيب فيهما (يعنى في الجارية و الغلام) و هو انتفاخ ما تحت السرة و به سمى بعض الناس أبجر. و في البزازية نتن ريح الفم و الأنف و الابط عيب اه. (٣)و في الجمهرة الخ. كذا في فتح القدير ص٧ ج٦. و في لسان العرب مادة دفر ص٢٨٩ ج٤. الدفر (بفتحتين) النتن خاصة و لا يكون الطيب البتة. (قال) ابن الأعرابى: أدفر الرجل اذا فاح ريح صنانه. (قال) غيره: الذفر بالذال و تحريك الفاء شدة ذكاء الرائحة طيبة كانت أو خبيثة و منه قيل: مسك أذفر. و رجل أدفر و دفر (بفتح الدال و كسر الفاء) الأخيرة على النسب لا فعل له و امرأة دفراء و دفرة (بفتح الدال و كسر الفاء) و يقال للأمة اذا شتمت: يا دفار مثل قطام أي يا منتنة و هى مبنية على الكسر و اكثر ما ترد في النداء و الدفر و ام دفر (بفتح الدال و سكون الفاء فيهما): من أسماء الدواهى و دفار و أم دفار (بفتح الدال فيهما) و أم دفر (بفتح الدال و سكون الفاء) كله: الدنيا. اه ملخصا. و في لسان العرب مادة ذفر ص٣٠٦ ج٤. الذفر بالتحريك و الذفرة جميعا: شدة ذكاء الريح من طيب أو نتن و خص اللحيانى بهما رائحة الابطين المنتنين و الذفر بالتحريك: يقع على الطيب و الكريه و يفرق بينهما بما يضاف اليه و يوصف به. و قال ابن الأعرابى: الذفر (بالتحريك) النتن و لا يقال في شيء من الطيب ذفر (بفتح الذال و كسر الفاء) إلا في المسك وحده. قال ابن سيده: و قد ذكرنا أن الدفر الدال المهملة في النتن خاصة. و الذفر (بالتحريك) الصنان و خبث الريح. اه ملخصا. (٤)و في شرح الوجيز ص٢١٣ ج٤.

و هما يخلان به و ليس بعيب في الغلام لأن المقصود هو الاستخدام و لا يخلان به إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب و الزنا و ولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بالمقصود في الجارية و هو الاستفراش و طلب الولد و لا يخل بالمقصود في الغلام و هو الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بالخدمة.

و هما) أي البخر و الدفر (يخلان به) أي بالاستفراش. (و ليس بعيب في الغلام) أي و ليس كل واحد من الدفر و البخر بعيب في الغلام (لان المقصود هو الإستخدام و لا يخلان به) أي لا يخل البخر و الدفر بالاستخدام و في الغاية و قيل إذا كان العبد أمرد يكون البخر فيه عيباً و الاصح أن الامرد و غيره سواء كذا في خلاصة الفتاوى. (١) (إلا أن يكون) كل واحد من البخر و الدفر (من داء لان الداء عيب) في نفسه و عند الشافعي رحمه الله تعالى (٢) البخر و الصنان عيبان في الغلام أيضاً. (قال) أي القدوري (و الزنا و ولد الزنا (٣) عيب في الجارية دون الغلام لانه) يعني كونها زانية (يخل بالمقصود في الجارية و هو الاستفراش) و كونها متولدة من الزنا يخل بمقصود المولى و هو (طلب الولد) فإن ولده يعير بأمه إذا كانت ولد الزنا (و لا يخل بالمقصود في الغلام و هو الإستخدام إلا ان يكون الزنا عادة له) أي للغلام بأن زنى أكثر من مرتين (على ما قالوا) أي المشايخ (لان اتباعهن) من إضافة المصدر إلى المفعول أي لان اتباع الغلام البنات (يخل بالخدمة) أي بخدمة مولاه و فيه إضمار قبل الذكر و لكن القرينة و هي ذكر الزنى أدل على النساء لان الزنا لا يكون إلا بهن. فإن قلت إذا وجده سارقا فله الرد لعدم أمانته على ماله ففي الزنا لم لا يكون عيباً لعدم أمانته على الجواري و الخدم. قلت إذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن و إذا شغله المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الامر و قال الكرخي الزنا ليس بعيب في الغلام في معنى المال و إن كان عيباً في معنى الدين و قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير لو اشترى عبداً فوجده زانياً لا يكون عيباً لان فيه زيادة قوة و زيادة القوة لا تكون عيباً ألا ترى أنه لو اشترى عبداً فوجده عنيناً فله أن يرده. و ذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال إذا اشترى عبداً على أنه خصي فإذا هو فحل لزمه ذلك أما إذا اشتراه على أنه فحل فاذا هو خصي لم يلزمه و في العيون قال هشام سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول لو أن رجلا اشترى عبداً قد احتلم أو جارية قد حاضت و لم يختتن العبد و لم تخفض الجارية قال ان كان مولداً فهو

---

(١)خلاصة الفتاوى ص٦٥ ج٣. (٢)عند الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح الوجيز ص٢١٣ ج٤.
(٣)ولد الزنا. أقول المراد به التولد من الزنا و لو عبر به كما في الاصلاح لكان أولى لأن نفس ولد الزنا ليس بعيب انما العيب التولد منه و أما الولد فمعيب و يمكن أن يقدر كون أي كونها ولد الزنا عيب كذا في البحر ص٦٩ ج٦.

قال و الكفر عيب فيهما لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته و لأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لأنه

عيب و إن كان جليا فليس (١) بعيب. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و الكفر (٢) عيب فيهما) أي في الغلام و الجارية (لان طبع المسلم ينفر عن صحبته) أي عن صحبة الكافر لان المسلم قلما يرغب في صحبة الكافر و ينفر عنه فكان الكفر سبباً لنقصان الثمن لفتور الرغبة و سواء كان الكافر نصرانياً أو يهودياً أو مجوسياً (و لانه) دليل آخر أي و لان الكافر (يمتنع صرفه فى بعض الكفارات) مثل كفارة اليمين و الظهار عند بعض الناس و في كفارة القتل يمنع بالإجماع فاذا كان كذلك (فتختل الرغبة) و هي سبب لنقصان الثمن. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لو أطلق العقد فبان انه كافر لا خيار له لان ظاهر الحال لا يدل على الكفر و الاسلام كما لو ظن العدل فبان الفسق و قال أصحابه هذا اذا كان كفراً يقر عليه فاذا كانت الجارية مرتدة فله الخيار. و فى شرح الوجيز (٣) لو وجد الجارية كتابية أو وجد العبد كافراً أي كفر كان فلا رد ان كان قريباً من بلاد الكفر بحيث لا تقل فيه الرغبات و ان كان فى بلاد الإسلام بحيث تقل الرغبات فى الكافر و تنقص قيمته فله الرد. (فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لانه) أي لان الاسلام

---

(١)فليس بعيب. و في البحر ص٦٩ ج٦. قال فى القنية و جامع الفصولين لو اشترى عبدا يعمل به عمل قوم لوط فان كان مجانا فهو عيب لأنه دليل الابنة و ان كان بأجر فلا بخلاف الجارية فانه يكون عيبا كيفما كان لأنه يفسد الفراش اه و فى المصباح الابنة العقدة فى العود و العداوة اه و كل ليس بمناسب و هى عيب حتى فى البهائم لما فى القنية اشترى حمارا ذكرا يعلوه الحمر و يأتونه فى دبره قال وقعت هذه ببخارى فلم يستقر فيها جواب الأئمة و قال عبد الملك النسفى ان طاوع فعيب و الا فلا و قيل عيب اه. و فى اقرار تلخيص الجامع من باب الاقرار بالعيب ادعى العيب و أقام أن البائع كان قال لها يا زانية أو هذه الزانية فعلت كذا لم ترد لأنه للاستحضار و السب دون تحقق المعنى و لهذا لو قال يا ابنى أو يا كافرة لا يعتق و لا تبين لا يلزم بياحر يا مولاى لأنا اعتبرنا الحقيقة فيما يكون ثبوته من جهته و العرف فيما يتعذر و لا الحد لأن الحقيقة منافية فتعلق باللفظ و لا كذلك الرد و لو قال هذه الزانية أو نون ترد لأنه جملة خبرية فتفيد المخبر و تمامه فى شرحه فهى رباعية ترد فى اثنين و لا ترد فى اثنين اه. و فى المنحة على البحر (قوله ترد فى اثنين) و هما هذه الزانية أو هذه زانية بالتنوين و قوله و لا ترد فى اثنين و هما يا زانية أو هذه الزانية فعلت كذا. (٢)و الكفر الخ. و فى البحر ص٧٠ ج٦. و فى السراج الوهاج الكفر عيب و لو اشتراها مسلم أو ذمي اه و هو غريب فى الذمي. و فى المنحة على البحر (قوله و هو غريب فى الذمي) قال الرملىّ نقلا عن الشيخ محمد الغزىّ ليس بغريب لما تقرر أن العيب ما نقص الثمن عند التجار و لا شك أن الكفر بهذه المثابة لأن المسلم ينفر عنه و غيره لا يرغب فى شرائه لعدم الرغبة فيه من الكل اه. و يؤيده أنها لو ظهرت مغنية له الرد مع أن بعض الفسقة يرغب فيها و يزيد ثمنها عنده لذلك. و قال العلامة ابن نجيم الحنفىّ فى البحر ص٧٠ ج٦. و لم أر حكم ما اذا وجده خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلى و الرافضى و ينبغى أن يكون كالكافر لأن السنى ينفر عن صحبته و ربما قتله الرافضى لأن الرافضة يستحلون قتلنا. (٣)و فى شرح الوجيز ص٢١٥ ج٤.

زوال العيب و عند الشافعي رحمه الله تعالى يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم و فوات الشرط بمنزلة العيب. قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن ارتفاع الدم و استمراره علامة الداء

(زوال العيب و عند الشافعي رحمه الله تعالى يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم و فوات الشرط بمنزلة العيب) و في نسخة شيخنا لأنه زوال العيب فصار كما لو اشتراه معيباً فإذا هو سليم فلا يرده و به (١) قال المزني و قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى يثبت له الخيار لأنه وجده بخلاف شرطه و له في هذا الشرط غرض فربما قصد أن يستخدمه في المحقرات من الأمور و لأن الأولى بالمسلم أن يستعبد الكافر و كان السلف يستعبدون العلوج و الجواب أن هذا أمر راجع إلى الديانة و لا عبرة به في المعاملات. (قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) قيد بقوله بالغة لأن عدم الحيض في الصغيرة ليس بعيب بالإجماع و لو كانت كبيرة قد بلغت سن الإياس فهو غير عيب بإجماع الفقهاء رحمهم الله تعالى أيضاً. (لأن ارتفاع الدم و استمراره علامة الداء) قال شيخ الإسلام الحيض مركب في بنات آدم فإذا لم تحض في أوانه فالظاهر انه إنما لا تحيض لداء فيها و الداء عيب و لو ادعى المشتري الإنقطاع في يده لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل فإن ادعى بسبب الحبل تراها النساء فإن قلن هي حبلى يحلف البائع ان ذلك لم يكن عنده و إن قلن ليست بحبلى لا يمين على البائع و إن ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء نريها الاثنين من الأطباء المسلمين فإن ثبت العيب يحلف البائع كما تقدم و إن لم يثبت لا يحلف. و المرجع في معرفة الحبل قول النساء و في معرفة الداء قول الأطباء و في فتاوى الفضلي العيب الذي لا يثبت إلا بقول الأطباء ما لم يتفق عدلان منهم لا يثبت العيب في حق سماع الخصومة. و قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير و إن كان العيب خفياً لا يطلع عليه إلا الأطباء يثبت بقول واحد عدل منهم لقوله تعالى فاسألوا أهل (٢) الذكر و هم أهل الذكر في هذا الباب و كذا إذا كان لا يطلع عليه إلا النساء يثبت بقول واحد منهن موصوفة بالعدالة و الثنتان أحوط و قال صاحب التحفة إذا كان العيب باطنا لا يعرفه إلا الخواص من الناس كالأطباء و النخاسين فإنه يعرف ذلك ممن له بصارة في ذلك الباب فإن اجتمع على ذلك العيب رجلان مسلمان أو قال ذلك رجل مسلم عدل فانه

---

(١)و به قال المزني الخ. كذا في شرح الوجيز ص٢٠٦ ج٤. و المغني لابن قدامة الحنبلي ص٢٤٥ ج٤. (٢)أهل الذكر، النحل:٤٣.

و يعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ و هو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و يعرف ذلك بقول الأمة

يقبل قوله و يثبت العيب في إثبات حق الخصومة ثم بعد هذا يقول القاضي للبائع هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد و إن أنكر و لم يكن له بينة استحلف فان حلف لم يرد عليه و إن نكل قضى عليه بالرد إلا أن يدعي الرضاء أو الابراء و ان كان العيب مما لا يطلع عليه الرجال و يطلع عليه النساء فانه يرجع الى قول النساء فترى امرأة مسلمة عدلة و الثنتان أحوط فاذا شهدت على العيب ففي هذه المسألة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان و كذا عن محمد رحمه الله تعالى روايتان في رواية فرق أبو يوسف رحمه الله تعالى بينهما اذا كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري فقال ان كان في يد البائع رد المبيع بشهادتها فيثبت العيب و العيب الموجود عند البائع يفسخ به البيع و ان كان بعد القبض أقبل قولها في اثبات الخصومة و لا أقبل في حق الرد على البائع لان المبيع دخل في ضمان المشتري فلا انقل الضمان الى البائع بقول النساء و لكن اثبت حق الخصومة ليثبت الاستحلاف و في رواية قال ان كان العيب مما لا يحدث مثله يفسخ بقولها لان العيب قد يثبت بشهادتهن و قد علمنا كون العيب عند البائع ثابتا فيثبت حق الفسخ و ان كان عيباً يحدث مثله لم يثبت حق الفسخ بقولهن و أما عن محمد رحمه الله تعالى في رواية قال لا يفسخ بقولهن و في رواية يفسخ قبل البقض و بعده بقولهن لان قولها فيما لا يطلع عليه الرجال كالبينة.

(و يعتبر في الارتفاع) أي ارتفاع الحيض (أقصى غاية البلوغ و هو سبع عشرة سنة فيها) أي في الجارية (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و عندهما خمس عشرة سنة (و يعرف ذلك) اي ارتفاع الحيض (بقول الأمة) قال الإمام العتابي و انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لا يقف على ذلك غيرها و يحلف المولى مع ذلك لأنه ما سلمها بحكم المبيع و ما بها هذا العيب و إن نكل ترد عليه بنكوله هذا إذا كان بعد القبض و إن كان قبل القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذي يدعيه المشتري في الحال و هذا على قياس قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى في مسألة البكارة إذا اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري ليست ببكر و قال البائع هي بكر في الحال فإن القاضي يريها النساء فإن قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد هو أن الأصل البكارة و إن قلن هي ثيبة لا يثبت حق الفسخ للمشتري بشهادتهن لأن شهادتهن ضعيفة و حق الفسخ حق قوى و بشهادتهن يثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه اليمين على البائع فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم المبيع و هي بكر إن كان بعد القبض

فترد إذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض و بعده هو الصحيح.

و إن كان قبل القبض يحلف بالله أنها بكر. روى عن محمد رحمه الله تعالى أنها ترد على البائع بشهادتهن من غير يمين البائع. (فترد) أي الأمة (إذا انضم إليه) أي إلى قولها (نكول البائع) أي امتناع البائع عن اليمين مع قولها بأنها لا تحيض أو هي مستحاضة (قبل القبض و بعده هو الصحيح) قيد بقوله الصحيح احتراز عن قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ثإن عنده يرد بقول الأمة قبل القبض مع شهادة القابلة و عما روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال إن كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء اعلم (١) أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي

(١) اعلم. قال العلامة ابن نجيمؒ في البحر ص ٤٧ ج ٦. ثم اعلم انه قد وقع من ابن الهمامؒ خبط عجيب فانه رد على الشارحين في موضعين الاول في اشتراطهم أن يكون الانقطاع عن داء أو حبل و زعم أن فقيه النفس قاضي خانؒ لم يتعرض له و ليس كما زعم بل قاضي خانؒ في الفتاوى صرح به أولا فقال لو اشترى جارية و قبضها ثم قال انها لا تحيض قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل لا تسمع دعوى المشترى الا أن يدعى ارتفاع الحيض بالحبل أو بسبب الداء فان ادعى بسبب الحبل يريها القاضي النساء ان قلن هي حبلى يحلف البائع ان ذلك لم يكن عنده و ان قلن ليست بحبلى فلا يمين و في معرفة داء في باطنها يرجع الى الاطباء الى آخره فهذا كما ترى صريح فيما نقلوه فكيف يصح قوله انه لم يتعرض له لكن وقع له عبارة أخرى في الفتاوى بعد هذه بصفحة قال رجل اشترى جارية و قبضها و لم تحض عند المشترى شهرا أو أربعين يوما قال القاضي الامام أو بكر محمد بن الفضلؒ ارتفاع الحيض عيب و أدناه شهر واحد و اذا ارتفع هذا القدر عند المشترى كان له أن يرد اذا أثبت انه كان عند البائع اه فالعبارتان لواحد و هو الشيخ الامام أبو بكرؒ لكن الاولى لسماع الدعوى عند القاضي و الثانية لتحقيق العيب في نفسه لا لبيان سببه فلا مخالفة بينهما الثاني في نقلهم انه لا بد من مدة مديدة سنتان أو أربعة أشهر و عشر أو ثلاثة أشهر محتجا بالعبارة الثانية لقاضي خان و لا اعتبار بها مع صريح النقل عن الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و يمكن حملها على رواية أخرى فنسبته لهم الى الغلط غلط فاحش منه فالمعتمد ما نقله الشارحون في النهاية و العناية و الدراية و البناية و التبيين و الكافي و غيرهم و في البزازية ارتفاعه بدون أحد هذين لا يعد عيبا و نقل عن أبي مطيعؒ انه قدر المدة بتسعة أشهر و سفيانؒ بحولين و في التحفة قدره بشهرين كما في غاية البيان فهي سبعة أقوال. و قال العلامة ابن عابدينؒ في المنحة على البحر (قوله و الثانية لتحقيق العيب في نفسه الخ) يعني أنها لمجرد بيان ان ارتفاع الحيض عيب يثبت له به الرد و هذه العبارة لا تنافي اشتراط بيان السبب في ثبوت الرد له و سماع دعواه فهي مطلقة فتحمل على الاولى لكن قال في النهر و رأيت في المحيط ان اشتراط ذكر السبب رواية النوادر و عليه يحمل ما في الخانية اه قلت و في شرح العلامة المقدسي نقل العلامة الرئيس قاسم بن قطلوبغا في شرحه للنقاية قال قاضي خان رجل اشترى جارية و قبضها فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضي الامام هذا ارتفاع الحيض و هو عيب و أدناه شهر واحد اذا ارتفع عند المشترى كان له أن يرد اذا ثبت أنه كان عند البائع وهذا أوجه مما ذكره قاضي خان عن ابن الفضل و لو اشترى جارية و قبضها الخ و قال في ملتقى الابحر و كذا عدم حيض بنت سبع عشر سنة لا أقل و يعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض و بعده هو الصحيح و قال في البدائع و ان كان العيب لا يطلع عليه الا الامة لا يثبت بقولها لكونها متهمة و ان كان في =>

يسأله عن مدة الإنقطاع فإن ادعاه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه و إن ادعاه في مدة مديدة يسمع دعواه و المديدة مقدرة بثلاثة أشهر عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى بأربعة أشهر و عشر و عند أبي حنيفة و زفر رحمهما الله تعالى بسنتين فإذا عرفت المدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك إن كان القاضي مجتهداً يقضي بما أدى إليه اجتهاده و إن لم يكن مجتهداً يأخذ بما اتفق عليه أصحابنا و هو سنتان و في الفوائد الظهيرية لو شهد للمشتري شهود لا يقبل شهادتهم على الانقطاع بخلاف الإستحاضة حيث يقبل عليها لأنها مما يمكن الاطلاع عليها و انقطاع الدم على وجه يعد عيباً لا يمكن الاطلاع عليه و لو أنكر البائع الإنقطاع في الحال لا يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يستحلف. (قال) أي القدوري (و إذا حدث (١) عند المشتري

=> داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه أصلا فكان الطريق في هذين النوعين هو استحلاف البائع بالله ليس به هذا العيب للحال اه (قوله الثاني في نقلهم انه لا بد الخ) أقول ذكر في الذخيرة أما اذا ادعى المشترى انقطاع حيضها و أراد ردها بهذا السبب لا يوجد لهذا رواية في المشاهير ثم قال و بعد هذا يحتاج الى بيان الحد الفاصل بين المدة اليسيرة و الكثيرة قالوا و يجب أن تكون هذه المسئلة مدة الاستبراء اذا انقطع الحيض و فيها رواية مختلفة فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قدر الكثيرة باربعة أشهر و عشر ثم رجع الى شهرين و خمسة أيام و عن أبي حنيفة و زفر رحمهما الله تعالى سنتان الخ و قد نبه على ذلك المحقق ابن الهمام فانه بعد ما مر عن الخانية من تقدير المدة بشهر قال و ينبغي أن يعول عليه و ما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر و الرواية هناك تستدعى ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماءه زرع غيره فقدره أبو حنيفة و زفر رحمهما الله تعالى بسنتين لانه أكثر مدة الحمل و هو أقيس و الحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه اناطته بسنتين أو غيرهما من المدد لان كونه عيبا كونه يؤدى الى الداء و طريقا اليه و ذلك لا يتوقف على مضى مدة معينة مما ذكر اه ملخصا و حاصل كلامه منازعة بعض المشايخ في قياس المدة لثبوت العيب على مدة الاستبراء بابداء الفارق بينهما و قد علمت ان أصل المسئلة لا رواية لها في المشاهير فاذا اختلف المشايخ في تقدير هذه المدة احتيج الى ترجيح أحد القولين و المحقق ابن الهمام من رجال هذه الكتيبة و بما قررناه ظهر أنه لم يوجد النقل عن أئمتنا الثلاثة في مسئلتنا و انما النقل عنهم في مسئلة الاستبراء فكيف يسوغ للمؤلف أن يقول و لا اعتبار بها مع صريح النقل عن الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى فافهم و عن هذا و الله اعلم قال العلامة قاسم في شرح النقاية أن ما نقله في الخانية ثانيا وجه. (١)و اذا حدث الخ. أطلق في الحدوث فشمل ما اذا كان بآفة سماوية أو بغيرها كذا في المعراج و شمل ما اذا اشتراه مريضا فازداد في يده فانه ليس له الرد و قيل ينبغى أن يرد كما في وجع السن اذا ازداد إلا اذا صار صاحب فراش كذا في خزانة الفقه. اعلم أن حدوث العيب عند المشترى شامل لما اذا نقص عنده و حاصل ما اذا نقص المبيع أنه لا يخلو اما أن يكون في يد البائع أو يد المشترى فان كان الأول فعلى خمسة أوجه بفعل البائع أو بفعل المشترى أو أجنبى أو المعقود عليه أو بآفة سماوية فان كان بفعل البائع خير المشترى وجد به عيبا أولا ان شآء تركه و ان شآء أخذه و طرح من الثمن حصة النقصان و ان كان بفعل المشترى لزمه جميع الثمن و ليس له أن يمسكه و يطلب النقصان و لو منعه البائع بعد جناية المشترى لأجل فللمشترى رده بالعيب و يسقط عنه =>

عيب و اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان و لايرد المبيع لأن في الرد إضراراً بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالماً و يعود معيباً فامتنع و لا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان

عيب) سواء كان بآفة سماوية أو غيرها (و اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان) أي بنقصان العيب بأن يقوم (١) سليماً عن العيب القديم و معيباً به فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به على البائع (و لا يرد المبيع لأن في الرد اضراراً بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالماً و يعود معيباً فامتنع) أي الرد (و لا بد من دفع الضرر عنه) أي عن المشتري (فتعين الرجوع بالنقصان) لأن المشتري لم يرض بالمعقود عليه إلا سليما فلو لم يكن له حق الرجوع لتضرر حقه بإيجاب نقصان المعيب و بقولنا قال (٢) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى

=> الثمن إلا ما نقصه بفعله و ان كان النقصان بفعل الأجنبي فالمشترى بالخيار بعيب أو لا ان شآء رضي به بجميع الثمن و أتبع الجاني بارشه و ان شآء تركه و سقط عنه الثمن و ان كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المعقود عليه يرده بجميع الثمن أو يأخذه وجد به عيبا أو لا و لو أخذه يطرح عنه حصة جناية المعقود عليه و أما النقصان بعد القبض فان كان بفعله أو بفعل المعقود عليه أو بآفة سماوية لا يرده بالعيب لأنه يرده بعيبين و يرجع بحصة العيب إلا إذا رضى به البائع ناقصا و ان كان بفعل البائع أو الأجنبي يجب الأرش على الجاني و أنه يمنع الرد و يرجع بخصة العيب من الثمن انتهى ما في البحر ص٧٨ ج٦. و في المنحة على البحر (قوله وجد به عيبا أولا) الظاهر أن مراده بالعيب العيب القديم تأمل. و في البحر ص ٨٠ ج٦. ثم اعلم انا كتبنا في الفوائد الفقهية أنه يستثنى من قولهم لو حدث به عيب و به عيب قديم رجع بنقصه أو رد برضا بائعه مسئلتان احداهما بيع التولية لو باع شيئا تولية ثم حدث به عيب عند المشترى و به عيب قديم لا رجوع و لا رد لأنه لو رجع صار الثمن الثاني أنقص من الأول و قضية التولية أن يكون مثل الأول. الثانية في السلم لو قبض المسلم فيه فوجد به عيبا كان عند المسلم اليه و حدث به عيب عند رب السلم قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى خير المسلم اليه ان شآء قبله معيبا بالعيب الحادث و ان شآء لم يقبل و لا شيء عليه لا من رأس المال و لا من نقصان العيب كذا في الخانية من باب السلم و ذكره الولوالجي هنا و علله بأنه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كما قال محمد رحمه الله تعالى كان اعتياضا عن الجودة و هو ربا اه. (١)بأن يقوم الخ. بيانه اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم و قيمته مائه درهم و اطلع على عيب ينقصه عشرة دراهم و قد حدث به عيب عنده فانه يرجع بعشر الثمن و هو درهم و لو اشتراه بمائتين و قيمته مائة و نقصه العيب عشرة فانه يرجع بعشر الثمن و ذلك عشرون و ان نقصه عشرين رجع بخمس الثمن و هو أربعون و ان اشتراه بمائة و هو يساوى مائة و نقصه عشرة رجع بعشر الثمن وهو عشرة كذا في السراج الوهاج معزيا إلى الينابيع و في البزازية و في المقايضة ان كان النقصان عشر القيمة رجع بعشر ما جعل ثمنا. و المقوم لا بد أن يكون اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع و المشترى و المقوم الأهل في كل حرفة اه كذا في البحر ص٧٩ ج٦. (٢)قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٢٤١ ج٤. (فصل) و كل مبيع كان معيبا ثم حدث به عند المشتري عيب آخر قبل علمه بالأول فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) ليس له الرد و له أرش =>

إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر. قال و من اشتري ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب

في رواية و قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية و ابن أبي ليلىٰ رد المبيع ورد معه نقصان العيب الحادث فإن قيل (١) أين قولكم الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن أجيب بأنها إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن و ههنا كذلك (إلا أن يرضى (٢) البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضى بالضرر) و الرضاء اسقاط لحقه بخلاف (٣) ما إذا كان المبيع عصيراً فتخمر في يدي المشتري ثم اطلع على عيب في العصير كان عند البائع حيث لا يكون للبائع أخذ الخمر و رد الثمن و إن وجد منه الرضا لان الإمتناع ثمة حق الشرع لما فيه من تمليك الخمر و تملكها فلا يرتفع بتراضي المتعاقدين كما لو تراضيا على بيع الخمر و شرائها و لكن يأخذ المشتري نقصان العصير بأن يقوم العصير بلا عيب و يقوم مع العيب و ينظر إلى التفاوت فإن كان التفاوت مقدار عشر القيمة يرجع بعشر الثمن و إن كان أقل أو أكثر فيقدره. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى (٤) ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب) أي بنقصان

=> العيب القديم و به قال الثورى و ابن شبرمة و الشافعي و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و روى ذلك عن ابن سيرين و الزهرى و الشعبى رحمهم الله تعالى (و الثانية) له الرد ع و يرد أرش العيب الحادث عنده و يأخذ الثمن و ان شآء أمسكه و له الأرش و بهذا قال مالك و اسحاق رحمهما الله تعالى و قال النخعي و حماد بن أبي سليمان رحمهما الله تعالى يرده و نقصان العيب و قال الحكمّ يرده لم يذكر معه شيئا اه ملخصا. (١)فان قيل الخ. كذا في العناية ص ١١ ج٦. (٢)إلا أن يرضى الخ. و في اشتراط رضا البائع اشارة إلى فرع في القنية لو رد المبيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايلا ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشترى فله الرد اه. كذا في البحر ص ٨٠ ج٦. (تنبيه) و استثنى من هذا الاستثناء مسئلة هي ما اذا اشترى عبدا فظهر أنه قتل انسانا خطأ عند البائع ثم قتل آخر عند المشترى فان البائع اذا أراد قبوله بالجنايتين لا يجبر المشترى و انما يرجع بنقصان الجناية الأولى دفعا للضرر عنه لأنه لو رده على بائعه كان مختارا للفداء فيهما و تمامه في الولوالجية كذا في البحر ص٧٨ ج٦. (٣)بخلاف الخ. نحوه في فتح القدير ص١٢ ج٦. (٤)و من اشترى الخ. و في البحر ص ٨١ ج٦. و وطء الجارية كقطع الثوب و في الظهيرية و وطؤها يمنع الرد بالعيب بكرا كانت أو ثيبا و كان له أن يرجع بالنقصان إلا أن يقول البائع أنا أقبلها كذلك و وطء غير المشترى كذلك يمنع الرد بالبيع سواء كان عن شبهة أو لا عن شبهة غير أن الوطء اذا كان عن شبهة كان للمشترى أن يرجع بالنقصان و ان قال البائع أنا أقبلها كذلك لمكان العقر الواجب بالوطء عن شبهة و ان كانت الجارية ذات زوج عند البائع فوطئها زوجها عند المشترى ان كانت الجارية بكرا فليس للمشترى أن يردها و ان كانت ثيبا ان نقصها الوطء فكذلك الجواب و ان لم ينقصها كان للمشترى أن يردها هذا اذا وطئها الزوج مرة في يد البائع ثم وطئها عند المشترى فأما اذا لم يطأها عند البائع مرة انما وطئها عند المشترى لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الأصل و اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى فيه و الصحيح أنها ترد بالعيب.

لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه و قد رضي به فإن باعه المشتري

العيب و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية خلافاً لمالك و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية و ابن أبي ليلىٰ فإن عندهم يرد المبيع و يرد معه نقصان العيب الحادث. (لأنه) أي لأن الثوب (امتنع الرد بالقطع فإنه) أي فإن القطع (عيب حادث) لا يقال (١) البائع يتضرر برده معيباً و المشتري رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لأن البائع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب إذا صبغ الثوب المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما و في إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار للبائع لا لفعل باشره و في عدم الرد و إن كان إضرار للمشترى لكن لعجزه بما باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو انظر لهما. (فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الإمتناع) أي امتناع الرد كان (لحقه) أي لحق البائع (و قد رضي به) أي بالثوب المعيب فكان اسقاطاً لحقه فإن قيل (٢) ما الفرق بين هذه المسألة و بين ما إذا اشترى بعيراً فنحره فلما شق بطنه وجد أمعائه فاسدة فإنه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن و الفساد و لهذا لا تقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع. (فإن باعه (٣) المشتري) يعني بعد القطع

---

(١)لا يقال الخ. كذا في العناية ص ١٢ ج٦. (٢)فان قيل الخ. كذا في العناية ص ١٢ ج ٦ و الكفاية. (٣)فان باعه المشترى الخ.أطلقه فشمل ما اذا كان باعه بعد رؤية العيب أو قبله كما في فتح القدير (ص ١٢ ج٦) و ما اذا كان لضرورة أو لا لما في القنية اشترى سمكة فوجدها معيبة و غاب البائع و لو انتظر حضوره تفسد فشواها و باعها ليس له أن يرجع بنقصان العيب و لا سبيل له في دفع هذا الضرر. سئل عن مثلها في المشمش فقال لا يرجع على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى اه. ثم اعلم أن البيع مانع من الرجوع بالنقصان مطلقا سواء كان بعد حدوث نقص عند المشترى أو قبله إلا اذا كان بعد زيادة و لذا قال في المحيط و لو أخرج المبيع عن ملكه بحيث لا يبقى لملكه أثر بأن باعه أو وهبه أو أقر به لغيره ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان و كذا لو باع بعضه و إن تصرف تصرفا لا يخرجه عن ملكه بأن آجره أو رهنه أو كان طعاما فطبخه أو سويقا فلته بسمن أو بناء في العرصة و نحوه ثم علم بالعيب فانه يرجع بالنقصان إلا في الكتابة اه. و ذكر هنا مسألتين في فروق الكرابيسي من أول كتاب الوكالة قال رجل اشترى جارية فقبضها فباعها من غيره و قبضها الثاني ثم اشتراها المشترى الأول من المشترى الثاني و قبضها ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول فان المشترى الأول لا يرد لاعلى البائع الأول و لا على المشترى الثاني لأنه لا يفيد لأن قرار الرجوع عليه و الوكيل بالشراء إذا سلمه الى المؤكل ثم اشتراه منه فوجد به عيبا يرده على البائع لأن قرار الرجوع ليس عليه بل على البائع الأول اه و في الولوالجية و اذا طعن المشترى بعيب فصالحه على شيء أخذه أوحط من ثمنه شيئا فان كان يقدر على رد المبيع و المطالبة بأرش العيب فالصلح جائز و ان لم يقدر فالصلح باطل نحو أن يكون المشترى باع المعيب لكونه أبطل حقه في الرد متى باعه اه. كذا في البحر ص ٨١ ج٦.

لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابساً للمبيع فلا يرجع بالنقصان فإن قطع الثوب و خاطه أو صبغه أحمر أولت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لإمتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه و لا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً

(لم يرجع بشيء) علم بالعيب أولا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأصح (لأن الرد غير ممتنع برضاء البائع) لأنه جاز أن يقول البائع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعاً برضاء البائع (فيصير هو) أي المشتري (بالبيع حابساً للمبيع فلا يرجع بالنقصان) إذ ذاك لإمكان رد المبيع و أخذ الثمن لولا البيع (فإن قطع الثوب) الذي اشتراه (و خاطه أو صبغه أحمر) قيد بالأحمر لتكون الزيادة في المبيع بالإتفاق لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما زيادة كالحمرة (أولت (١) السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لإمتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل) أي الثوب أو السويق (بدونها) أي بدون الزيادة (لأنها لا تنفك عنه) أي لان الزيادة لا تنفك عن الاصل. (و لا وجه إليه) أي إلى الفسخ (معها) أي مع الزيادة (لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً) أي فامتنع الرد بالكلية و في الفوائد الظهيرية و المبسوط الاصل في جنس هذه المسائل أن في كل موضع يكون المبيع قائماً على ملك المشتري و يمكنه الرد برضاء البائع فإذا أخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان و في كل موضع يكون المبيع قائما و لا يمكنه الرد و إن رضي به البائع فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان لإمتناع الرد بالزيادة. فان قيل (٢) يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن و الجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية قلنا ثمة فسخ العقد في الزيادة ممكن لان الزيادة تبع محض باعتبار التولد و التفرع منه و الاتصال به. و حاصله (٣) أن الزيادة نوعان متصلة و منفصلة و المتصلة نوعان متولدة منه

(١)لت. و في لسان العرب مادة لتت ص٨٢ ج٢. لتّ السويق و الأقط و نحوهما يلتّه (من باب نصر) لتّا: جدحه و قيل: بسّه بالمآء و نحوه (قال) الليث: اللّتّ بلّ السويق و البسّ أشد منه. اه ملخصا. (٢)فان قيل الخ. كذا في الكفاية ص١٣ ج٦. (٣)و حاصله الخ. و في الهندية ص٧٧ ج٣. اعلم أن الزيادة نوعان متصلة و منفصلة و المتصلة نوعان غير متولدة من المبيع كالصبغ و ما أشبهه و انها تمنع الرد بالعيب بالاتفاق سواء قال البائع أنا أقبله كذلك أو لم يقل و متولدة من المبيع كالسمن و الجمال و انجلاء البياض و انها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية كذا في الظهيرية. و هو الصحيح هكذا في فتاوى قاضي خان. فان أبى المشترى الرد و أراد الرجوع بالنقصان و قال البائع لا أعطيك نقصان العيب و لكن رد عليّ المبيع حتى أرد عليك جميع الثمن هل للبائع ذلك على قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى ليس له ذلك و على قول محمد رحمه الله تعالى له ذلك كذا في الظهيرية. و أما الزيادة المنفصلة فنوعان أيضا متولدة من المبيع كالولد و الثمر و ما هو في معناهما كالارش و العقر و انها تمنع الرد بالعيب و الفسخ بسائر =>

....

كما ذكرنا و هي لا تمنع الرد بالعيب و به قال الشافعي (١) و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى متصلة غير متولدة منه كالصبغ و الخياطة و اللت و الغرس و البناء و هي تمنع الرد بالعيب بالإتفاق و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لا تمنع كالسمن و الجمال. و المنفصلة نوعان متولدة منه كاللبن و الثمر و الأرش و الولد و العقر (٢) و هي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها و لا وجه للفسخ عليها تبعا لإنقطاع التبعية بالانفصال و يكون المشترى بالخيار إن شاء ردهما جميعاً و إن شاء رضي بهما بجميع الثمن قبل القبض و بعده فيرد المبيع خاصة بحصته من

=> أسباب الفسخ عندنا و غير متولدة من المبيع كالكسب و الغلة و انها لا تمنع الرد بالعيب و الفسخ بسائر أسباب الفسخ و طريقه أن يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة و يسلم الزيادة للمشترى مجانا بغير عوض كذا في المحيط. هذا اذا كانت الزيادة قائمة في يد المشترى فأما اذا كانت هالكة فهلاكها إن كان بآفة سماوية له ان يرد الاصل بالعيب و يجعل كأنها لم تكن و إن كان بفعل المشترى فالبائع بالخيار ان شاء قبل ورد جميع الثمن و ان شاء لم يقبل و يرد بالعيب و ان كان بفعل أجنبى ليس له أن يرد و يرجع بنقصان العيب هكذا في البدائع. هذا اذا حدثت الزيادة بعد قبض المبيع أما اذا حدثت قبل قبضه و كانت متصلة حادثة منه فانها لا تمنع الرد و ان كانت متصلة غير حادثة منه صار المشترى قابضا بذلك و صارت الزوائد كأنها حدثت بعد القبض فتمنع الرد و يرجع بالارش و ان كانت منفصلة حادثة منه كالولد و الصوف و اللبن و الثمر و الارش و العقر فانها لا تمنع الرد فان شاء ردهما جميعا و ان شاء رضى بهما بجميع الثمن لانه صار للزيادة حصة الثمن بعد قبضها و لو وجدبها عيبا يردها خاصة بحصتها من الثمن كذا في السراج الوهاج. و لو لم يجد بالمبيع عيبا لكن وجد بالزيادة عيبا فليس له حق الرد الا اذا كان حدوث تلك الزيادة قبل القبض يورث نقصانا في المبيع فحينئذ يكون له الرد لاجل النقصان في المبيع كذا في شرح الطحاوى. و له قبض الزيادة و الاصل ثم وجد بالمبيع عيبا يرده بحصته من الثمن لانه صار للزيادة حصة الثمن بعد قبضها و لو وجد بها عيبا يردها خاصة بحصتها من الثمن كذا في القنية. و ان كانت منفصلة غير حادثة منه كالكسب و الهبة فانها لاتمنع الرد فاذا رده فالزيادة تكون للمشترى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و لا تطيب له و عندهما الزيادة للبائع و لا تطيب له أيضا و ان رضى بالعيب و اختار المبيع فالمبيع مع الزيادة له اجماعا و لكن لا تطيب له كذا في السراج الوهاج. و لو قبض المبيع مع هذه الزيادة و وجد فى المبيع عيباً فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يرد المبيع خاصة بجميع الثمن و عندهما يرده مع الزيادة و لو وجد بالزيادة عيبا لا يردها و لو هلكت الزيادة و المبيع معيب يرده خاصة بجميع الثمن و عندهما يرده مع الزيادة و لو وجد بالزيادة عيبا لا يردها و لو هلكت الزيادة و المبيع معيب يرده خاصة بجميع الثمن بالاجماع كذا في القنية. (١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و فى شرح الوجيز ص ٢٧٧ ج٤. الزيادة في المبيع ضربان متصلة و منفصلة أما المتصلة كالسمن و تعلم العبد الحرفة و القرآن و كبر الشجرة فهى تابعة لرد الأصل و لا شيء على البائع بسببها و أما المنفصلة كما اذا أجر المبيع و أخذ أجرته و كالولد و الثمرة و كسب العبد و مهر الجارية اذا وطئت بالشبهة فانها لا تمنع الرد بالعيب و تسلم للمشترى و به قال أحمد رحمه الله تعالى و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الولد و الثمرة يمنعان الرد بالعيب و الكسب و الغلة لا يمنعانه لكن ان رد قبل القبض ردهما مع الأصل و ان رد بعده بقياله و قال مالك رحمه الله تعالى يرد مع الأصل الزيادة التى هى من جنس الأرض و هى الولد و لا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة. و نحوه في المغنى ص٢٣٩ ج٤. (٢)العقر. و فى الولوالجية: و تفسير العقر مهر مثلها عند بعضهم =>

و ليس للبائع أن يأخذه لإن الإمتناع لحق الشرع لا لحقه فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلاً قبله فلا يكون بالبيع حابساً للمبيع و عن هذا قلنا إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير و خاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان و لو كان الولد كبيراً يرجع لان التمليك حصل في الأول قبل الخياطة و في الثاني بعده بالتسليم إليه.

الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته يوم العقد و على قيمة الزيادة وقت القبض و غير متولدة منه كالكسب و هي لا تمنع الرد بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة و تسلم الزيادة للمشترى مجاناً و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و كذا قالا في المتولدة المنفصلة لإمكان الفسخ على الأصل بدونها و الزيادة للمشترى و قال مالك رحمه الله تعالى إن كانت الزيادة ولدا رده مع الأصل و إن كانت ثمرة أمسكها و رد الأصل و لوهلكت الزيادة بآفة سماوية يثبت له الرد كأنها لم تكن و به قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى قبل الحكم بالأرش. (و ليس للبائع أن يأخذه) أي المبيع مع الزيادة (لأن الإمتناع لحق الشرع) أي امتناع الرد لحق الشرع بشبهة (٢) الربوا (لا لحقه) أي لا لحق البائع (فإن باعه المشتري) أي الثوب المصبوغ أو المخيط (بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلاً قبله) أي قبل بيع المشتري للزيادة الحادثة فيه بفعل المشتري. (فلا يكون) أي المشتري (بالبيع حابساً للمبيع) فيرجع بالنقصان (و عن هذا قلنا) أي عن الوجه الذي قلنا و في بعض النسخ و على هذا قلنا و هو أن المشتري إذا كان حابساً للمبيع لا يرجع بنقصان العيب (ان من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير و خاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان و لو كان الولد كبيراً يرجع) بالقصان (لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة) لأنه بالقطع للصغير صار واهباً للثوب له مسلماً اليه و صار الأب قابضاً عنه و حق الرد الذي هو الحق الأصلي صار باطلا بالقطع فبطل البدل و هو الرجوع بالنقصان لأنه صار حابساً للمبيع. (و في الثاني) و هو صورة كون الولد كبيراً (بعده) أي بعد الخياطة (بالتسليم اليه) أي إلى ولده الكبير فيكون له الرجوع بالنقصان لأنه بمجرد القطع لا يكون مسلماً إليه لأن الأب لا يصير قابضا عن ولده الكبير فلما خاطه خاطه على ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة حقا للشرع لا بالهبة و التسليم فصار وجود الهبة و التسليم و عدمها سواء فيرجع بالنقصان لأنه لم يكن حابساً للمبيع. قال شيخي (٣) رحمه الله تعالى

=> و قال بعضهم عشر قيمتها ان كانت بكرا و نصف عشر قميتها ان كانت ثيبا كذا في البحر ص ٨٤ ج٦. (١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير ص١٤ ج٦. (٢)بشبهة الربوا و لشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز كذا في الفتح. (٣)قال الشيخي الخ. و في البحر ص٨٣ ج٦. لكن وقع التقييد بالخياطة في الثوب الموهوب للولد في الهداية و هو احترازى في الكبير اتفاقى في الصغير فانه بمجرد القطع له صارملكا له فلا رجوع و في الكبير القطع =>

قال و من اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه أما الموت فلأن الملك ينتهي به و الإمتناع حكمي لا بفعله و أما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الإمتناع بفعله فصار كالقتل و في الاستحسان يرجع لان العتق إنهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلاً للملك و إنما يثبت الملك فيه مؤقتاً إلى الاعتاق فكان إنهاء فصار

ذكر الخياطة و عدم ذكرها في هذا الموضع سواء لأن حق الرد الممتنع بوجود القطع قبل الخياطة. (قال و من اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) هذه مسألة القدوري و الجامع الصغير أيضاً (أما الموت فلأن الملك ينتهي به و الإمتناع حكمي) أي امتناع الرد يثبت حكما للمورث(لا بفعله) أي لا بفعل المشتري كالبيع و القتل (و أما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الإمتناع بفعله) أي امتناع الرد بفعل المشترى (فصار كالقتل) فإن المشتري إذا قتل العبد الذي اشتراه ثم اطلع فيه على عيب فإنه لا يرجع و بالقياس قال زفر رحمه الله تعالى و في الكافي و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و لكن ذكر في كتبهم أنه يرجع و به قال أحمد رحمه الله تعالى (١) كما قلنا في الإستحسان فإن قيل (٢) يشكل على هذا إذا صبغه احمر حيث يرجع بالنقصان و لا شك أن الصبغ بفعله أجيب نعم ذلك بفعله لكن امتناع الرد بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الإمتناع لحق الشرع (٣) و قال الأكمل (٤) ورد بأنه حينئذ يجب أن يقول و الإمتناع حكمي لا بفعله الذي يوجب الزيادة و الحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله. (و في الإستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك) أي اتمامه (لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك و إنما يثبت الملك فيه مؤقتاً إلى الاعتاق) أي إلى وقت الإعتاق و المؤقت إلى وقت ينتهي بانتهائه (فكان) أي الإعتاق (انهاء فصار) أي انتهاؤه

=> و الخياطة على ملك نفسه فلما دفعه اليه بعدها أخرجه عن ملكه بعد امتناع رده شرعا فرجع كذا في المعراج و في البزازية اتخذ لولده ثيابا ليس له أن يدفعها إلى غيره إلا اذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية اه فعلى هذا لو صرح بأنها عارية لا يسقط حقه في الرجوع بنقصان العيب اذا خاطه لولده الصغير. (١)و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٢٤٩ ج٤. و جملته أنه اذا زال ملك المشترى عن المبيع بعتق أو وقف أو موت أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاد و نحوه قبل علمه بالعيب فله الأرش و بهذا قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي رحمهم الله تعالى إلا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال في المقتول خاصة لا أرش له و أما الهبة فعن أحمد رحمه الله تعالى فيها روايتان احداهما أنها كالبيع و الثانية له الأرش و هي أولى و ان فعل شيئا مما ذكرناه بعد علمه بالعيب فمفهوم كلام الخرقي أنه لا ارش له و هو مذهب أبي حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى و هو قياس قول القاضي و قياس المذهب أن له الأرش اه ملخصا. (٢)فان قيل الخ. كذا في العناية و نحوه في فتح القدير. (٣)لحق الشرع و هو شبهة الربا. (٤)قال الأكمل في العناية ص١٥ ج٦.

كالموت و هذا لأن الشيء يتقرر بإنتهائه فيجعل كأن الملك باق و الرد متعذر و التدبير و الاستيلاد بمنزلته لان (١) تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي. و إن أعتقه على مال لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله و حبس البدل كحبس المبدل و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يرجع لأنه إنهاء للملك و إن كان بعوض.

(كالموت) أي كانتهائه بالموت (و هذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الإنتهاء (لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق و الرد متعذر) فصار حابسا (و التدبير و الاستيلاد بمنزلته) أي بمنزلة الإعتاق (لأنه) أي لأن الشان (تعذر النقل) أي إلى ملك البائع (مع بقاء المحل) احتراز (٢) عن الموت و الإعتاق (بالأمر (٣) الحكمي) يعني لا بفعل المشتري. و قال الكاكيّ قوله بالامر الحكمي احتراز عن القتل فإن قيل (٤) كيف يكون التدبير و الاستيلاد كالإعتاق و هو منه دونهما أجيب (٥) أن الإنهاء يحتاج إليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائناً و ههنا الملك متقرر فلا حاجة إليه. (و إن أعتقه (٦) على مال) أي و ان أعتق العبد الذي اشتراه على مال ثم وجد به عيبا (لم يرجع بشيء لانه) أي المشتري (حبس بدله) أي بدل المبيع و أزال ملكه عنه بعوض (و حبس البدل كحبس المبدل) فصار كالبيع و في البيع لا يرجع فكذا ههنا (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يرجع) و هو قول (٧) أبي يوسف و الشافعي و أحمد رحمهم الله تعالى و في شرح الاترازيّ بخطه و نقل الفقيه أبو الليثّ في شرحه للجامع الصغير عن الأمالي قال إذا اشترى عبداً فأعتقه على مال أو كاتبه أو قتله ثم وجد به عيباً لا يرجع بشيء في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يرجع بنقصان العيب و هذا موضع تأمل. (لانه) أي لان الإعتاق (انهاء للملك و إن كان بعوض) يعني منه (٨) للملك سواء كان بعوض أو بغير عوض و لهذا ثبت الولاء في الوجهين و لو أبق (٩) ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان

---

(١)لأن –ن– لأنه. (٢)احتراز الخ. كذا في الفتح. (٣)بالامر الحكمي اى بحكم الشرع كذا في الفتح. (٤)فان قيل الخ. كذا في العناية ص١٥ ج٦. (٥)أجيب الخ. أقول فيه بحث فان مراد القائل كيف يكونان كالإعتاق و لا يجرى فيهما وجه الاستحسان فيبقيان على القياس تأمل. كذا في السعدية. (٦)و ان اعتقه الخ و كذا لو كاتبه. كذا في فتح القدير. (٧)و هو قول أبي يوسف و الشافعي و أحمد رحمهم الله تعالى كذا في فتح القدير ص١٥ ج٦. و المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٢٤٩ ج٤. (٨)منه اسم فاعل من إنهاء. (٩)و لو أبق الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٢٥٠ ج٤. (فصل) و ان أبق العبد ثم علم عيبه فله أخذ ارشه فان أخذه ثم قدر على العبد فان لم يكن معروف الاباق قبل البيع فقد تعيب عند المشترى فهل يملك رده و رد أرش العيب الحادث عنده و الأرش الذى أخذه على روايتين و ان كان آبقا فله رده و رد ما أخذه من الأرش و أخذ ثمنه و قال الثورى و الشافعي رحمهما الله تعالى ليس للمشترى أخذ ارشه سواء قدر على رده أو عجز عنه إلا أن يهلك.

فإن (١) قتل المشتري العبد أو كان طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء و وجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضموناً و إنما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضاً بخلاف الإعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبداً مشتركا و أما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع و عنده لا يرجع استحساناً و على

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما دام حيا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و"عن أبي يوسف رحمه الله تعالى يرجع و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه لتحقق العجز في الحال. (قال) أي القدوري (و إن قتل المشترى العبد أو كان) أي الذى اشتراه كان (طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أما القتل فالمذكور) أي في القدوري (ظاهر الرواية و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يرجع) و محمد رحمه الله تعالى معه في رواية الينابيع و به قال الشافعي (٢) و أحمد رحمهما الله تعالى (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به) أي لا يتعلق بقتله (حكم دنياوى) من القصاص و الدية (فصار كالموت حتف أنفه فيكون انهاء) للملك لان المقتول ميت بأجله كذا في المبسوط. (٣) (و وجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن القتل لا يوجد إلا مضموناً) لقوله عليه الصلاة و السلام ليس في الإسلام دم مفرح أي مبطل و هو بالحاء المهملة و قال ابن الاثير و يروى بالجيم و لهذا لو باشره في ملك غيره كان مضمونا. (و إنما يسقط الضمان ههنا) أي في قتل المولى عبده (باعتبار الملك فيصير) أي المولى (كالمستفيد به) أي بملك العبد (عوضاً) و هو سلامة نفسه على اعتبار العمد و سلامة الدية على اعتبار الخطأ فصار كأنه أخذ عوضاً بإزالة ملكه بالقتل كما لو باع و أخذ الثمن (بخلاف الإعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبداً مشتركاً) لا ضمان عليه فعلم أن الإعتاق لا يقتضي الضمان. (و أما الأكل (٤) فعلى الخلاف عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يرجع) بنقصان العيب (و عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (لا يرجع استحسانا) أي من حيث الاستحسان (و على

---

(١)فان –ن– قال و ان. (٢)و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى. أقول و به قال مالك رحمه الله تعالى كذا في المغني لابن قدامة ص٢٤٩ ج٤. (٣)المبسوط للسرخسي ص١٠٠ ج١٣. (٤)و أما الأكل الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٢٤٩ ج٤. و ان أكل الطعام أو لبس الثوب فأتلفه رجع بأرشه و بهذا قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى.

هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه و يعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق و له أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فأشبه البيع و القتل و لا معتبر بكونه مقصوداً ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان الطعام كشيء واحد فصار

هذا الخلاف) المذكور (إذا لبس الثوب) الذي اشتراه (حتى تخرق) و تمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافاً لابى يوسف و محمد و الشافعي رحمهم الله تعالى و فى الخلاصة (١) و الفتوى على قولهما و أجمعوا على أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا فى شرح الطحاوى (لهما) أي لابى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أي ان المشترى (صنع فى المبيع ما يقصد بشرائه) وهو الأكل و الشرب. (و يعتاد فعله فيه) أي فى المبيع فلا يمنع من الرجوع بنقصان العيب (فأشبه الإعتاق) من حيث انه إنهاء للملك بخلاف الاحراق و الاستهلاك. (و له) أي و لابى حنيفة رحمه الله تعالى (٢) (أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع و القتل) أي بيع الشيء الذي اشتراه و قتل العبد الذي اشتراه (و لا معتبر بكونه) أي بكون الاكل أو اللبس (مقصودا) و هذا جواب عن قولهما إنه صنع فى المبيع ما يقصد بشرائه تقريره أنه لا يعتبر بكون الاكل أو اللبس مقصوداً (ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء) لانه تصرف مشروع قد يقصد بالشراء (ثم هو يمنع الرجوع) أي بالنقصان (فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) يعني لا يرد ما بقي و لا يرجع بالنقصان (لان الطعام كشيء واحد) و لهذا رؤية بعضه كرؤية كله (فصار

---

(١) في الخلاصة ص ٧٢ ج٣. و فى فتح القدير ص ١٦ ج٦. و به أخذ الطحاوى و فى المنحة على البحر ص ٨٩ ج٦. و قد مر عن الرملى أن مثل ما فى الخلاصة مذكور فى النهاية و غاية البيان و مثله فى الخانية أيضا. قال فى النهر لكن جعل صاحب الهداية قوله استحسانا مع تاخيره و جوابه عن دليلهما يقرر مخالفته فى كون الفتوى على قولهما اه و هذا الاستدراك ما خوذ من الفتح (ص ١٧ ج٦) و يؤيده ما فى الذخيرة حيث قال و الصحيح قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى اه. قال العلامة قاسم لم تتفق المشايخ على اختيار قولهما بل من نظر الى ثبوت الرواية و قوة الدليل صحح قول الامام و من نظر الى الرفق بالناس اختار قول محمد رحمه الله تعالى اه ملخصا. (٢) و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى الخ. و اورد عليه القطع و الخياطة فانهما موجبان للضمان فى ملك الغير مع أنه يرجع بالنقصان فيهما أجيب بأن امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله و لا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لا لحق الشرع و هذا يتم فى الخياطة للزيادة أما فى مجرد القطع فلا يتم و لذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا و مصبوغا بغير السواد كذا فى فتح القدير ص ١٧ ج٦.

كبيع البعض و عنهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل و عنهما أنه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض. و من اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً

كبيع البعض) دون البعض (و عنهما) أي عن أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (انه يرجع بنقصان العيب في الكل) أي فيما أكل و فيما لم يأكل فأكل الكل لا يمنع الرجوع بالبعيب عندهما فأكل البعض أولى. (و عنهما) أي و عن أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض) فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه و يرجع بنقصان العيب فيما أكله و في المجتبى (١) أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه و يرد ما بقي و به يفتي (٢) و لو أطعم ابنه الصغير أو الكبير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشيء و لو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لان ملكه باق و لو اشترى دقيقاً و خبز بعضه و ظهر أنه مر رد ما بقى و رجع بنقصان ما خبز و هو المختار (٣) و لو كان سمناً ذايبا فأكله ثم أقر البائع أنه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما و به يفتي (٤) (و من اشترى بيضاً (٥) أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً (٦) فان لم ينتفع به) أي بالمبيع كالقرع إذا وجده مراً أو البيضة إذا وجدها مذرة (رجع بالثمن كله) كذا في جامع قاضي خان و في المبسوط و كذلك الفاكهة إذا وجدها فاسدة بعد الكسر فان كان لا يساوى شيئاً يرجع بكل الثمن لانه تبين بطلان المبيع (لانه ليس بمال فكان البيع باطلاً) لعدم المالية إذ المال ما ينتفع به في الحال أو في ثاني الحال فاذا كان لا ينتفع به أصلاً لا يكون محلاً للبيع فبطل البيع و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و اختاره المزنيّ و هذا إذا كسره

---

(١)و في المجتبى الخ كذا في فتح القدير ص١٧ ج٦. (٢)و به يفتي. و في الهندية ص٨٤ ج٣: و به كان يفتي الفقيه أبو جعفرّ و به أخذ الفقيه أبو الليثّ كذا في المضمرات. (٣)و هو المختار. و في الهندية ص٨٣ ج٣. و هو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة قال أبو الليثّ و به نأخذ كذا في الينابيع. (٤)و به يفتي. و في البحر ص ٨٩ ج٦: و في الكفاية كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب اذا وجد في ملكه بعد العلم بالعيب و لا رد و لا ارش اه. (٥)بيضا. و في البحر ص ٩٠ ج٦. أطلق البيض و استثنوا منه بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بنقصان العيب لأن ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره. و في الهندية ص٨٤ ج٣. و أما اذا كسر بيض النعامة فوجد فيها فرخا ميتا اختلف المتأخرونّ منهم من قال لا يجوز لأنه اشترى شيئين و أحدهما ميت و منهم من قال يجوز لأن الميت في معدنه كذا في المحيط و جاز عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في حصة الصحيح منه و في النهاية هو الأصح هكذا في النهر الفائق. (٦)فاسدا بأن كان منتنا أو مرا أو خاليا بحيث لا يصلح لأكل الناس و لا لعلف الدواب كذا في العناية ص١٨ ج٦. أقول و لو قال معيبا مكان فاسدا لكان أولى لأن من عيب الجوز قلة لبه و سواده كما في البزازية و صرح في الذخيرة بأنه عيب و ليس من باب الفساد كذا في البحر ص ٩٠ ج٦.

و لا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته باعتبار اللب و إن كان ينتفع به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث و لكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الامكان و قال الشافعي رحمه الله تعالى يرّده لأن الكسر بتسليطه. قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه

و لم يعلم بالعيب أما لو كسره و هو عالم بالعيب صار راضياً به فبطل حقه من كل وجه. (و لا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل) أشار به إلى الجواب عما قال بعض المشايخ إذا كان لقشر الجوز قيمة بأن كان في موضع يعز فيه الحطب يرجع بحصة اللب و يصح العقد في قشره بحصته من الثمن لأن العقد في القشر صادف محله و علل هذا الجواب بقوله (لأن ماليته) أي لأن مالية الجوز قبل الكسر (باعتبار اللب) دون القشر. (و إن كان ينتفع به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث و لكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان) من الجانبين (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يرده) أي إذا كسر مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب و في كتبهم فيه قولان في قول لا يرده و هو اختيار المزني و قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في قول يرده و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و لو كان كسر زيادة على مقدار ما لا بد منه للشافعي رحمه الله تعالى طريقان أظهرهما أنه لا يجوز له الرد قولاً واحداً و هو قولنا لأن الكسر عيب و الثاني أنه على القولين و على قول من يقول له الرد هل يغرم أرش الكسر فيه قولان أحدهما يغرم و الثاني لا يغرم لأنه مغرور إذ البائع سلطه عليه. كذا في شرح الوجيز (١) (لأن الكسر بتسليطه) أي بتسليط البائع فصار كأنه فعله و رضي به. (قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه) أي في

---

(١) كذا في شرح الوجيز ص ٢٦٠ ج٤. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٢٥٢ ج٤. و جملة ذلك أنه اذا اشترى مالا يطلع على عيبه إلا بكسره كالبطيخ و الرمان و الجوز و البيض و كسره فبان عيبه ففيه روايتان احداهما لا يرجع على البائع بشيء و هو مذهب مالك رحمه الله تعالى و الثانية يرجع عليه و هي ظاهر المذهب و هو قول أبي حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى. فان كان المبيع مما لا قيمة له مكسورا كبيض الدجاج الفاسد و الرمان الأسود و الجوز الخرب و البطيخ التالف رجع بالثمن كله و ان كان مما لمعيبه قيمة كجوز الهند و بيض النعام و البطيخ الذى فيه نفع و نحوه فاذا كسره نظرت فان كان كسرا لا يمكن استعلام المبيع بدونه فالمشترى مخير بين رده و رد أرش الكسر و أخذ الثمن و بين أخذ أرش عيبه و هو قسط ما بين صحيحه و معيبه و هذا ظاهر كلام الخرقي و قال القاضي عندى لا أرش عليه لكسره و هذا قول الشافعي رحمه الله تعالى و ان كان كسرا يمكن استعلام المبيع بدون إلا أنه لا يتلف المبيع بالكلية فالحكم فيه كالذي قبله في قول الخرقي و هو قول القاضي أيضا و المشترى مخير بين رده و أرش الكسر و أخذ الثمن و بين أخذ أرش العيب و هو إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله تعالى و الرواية الثانية ليس له رده و له أرش العيب و هذا قول أبي حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى و ان كسره كسرا لا يبقى له قيمة فله أرش العيب =>

فصار كما إذا كان ثوباً فقطعه و لو وجد البعض فاسداً و هو قليل جاز البيع استحساناً لأنه لا يخلو عن قليل فاسد و القليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد و الاثنين في المائة و إن كان الفاسد كثيراً لا يجوز و يرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر و عبده. قال و من باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي بإقرار أو ببينة

ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري و ذلك هدر لعدم ولايته عليه (فصار كما إذا كان) المبيع (ثوباً فقطعه) ثم وجده معيباً فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع و إن حصل التسليط منه لكونه هدراً هذا إذا وجد الكل فاسداً (و لو وجد البعض فاسداً) و البعض صحيحاً (و هو قليل) أي الفاسد قليل (جاز البيع استحساناً لأنه) أي أن الكثير من الجوز (لا يخلو عن قليل فاسد) فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع باعتباره لانسد باب بيعه و في القياس لا يجوز لأنه كالخمر أو الميتة يضم إلى المال. ثم بين القليل من الكثير بقوله (و القليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد و الاثنين في المائة) و جعل (١) الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير في الجوز الخمسة أو الستة أو نحو ذلك في المائة معفوا و في الذخيرة اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحداً أو اثنين أو ثلاثة فاسدة لا يرجع بشيء و جعل الثلاثة في المائة قليلاً و لو اشترى عشرة جوزات فوجد فيها خمسة خاوية اختلف المشايخ فيه. قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع و قيل يفسد في الكل بالإجماع لأن الثمن لم يفصل و قيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه يصير كالجمع بين الحي و الميت في البيع و عندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن و هو الأصح لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فإن الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة. (و إن كان الفاسد كثيراً لا يجوز) أي في الكل (و يرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال و غيره) و ذلك مفسد للعقد (فصار كالجمع بين الحر و عبده) حيث يفسد في الكل (قال) أي القدوري (و من باع عبداً فباعه المشتري ثم رد (٢) عليه) أي على المشتري (بعيب) كان قبله. (فان قبل) أي الرد (بقضاء القاضي باقرار) منه بالعيب (أو ببينة) قامت عليه

=> لا غير و قدر أرش العيب قسط ما بين الصحيح و المعيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن اه ملخصا. (١) جعل الفقيه ابو الليث الخ. كذا في فتح القدير ص ١٩ ج ٦.

(٢) ثم رد عليه بعيب. و في البحر ص ٩٣ ج ٦. قيد بخيار العيب لأنه لو رد على المشتري بخيار رؤية أو شرط فانه يرده على بائعه سواء كان بقضاء أو رضا لكونه فسخا في حق الكل كما في المعارج و البزازية معزيا إلى الجامع.

أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء

عند القاضي من جهة المشتري الثاني لما أنكر المشتري الأول قبوله بالرد (أو بإباء يمين) أي بامتناعه عن اليمين يعني لما عجز المشتري الثاني عن إقامة البينة و توجه على المشتري الأول باليمين فأبى عن اليمين و حكم القاضي عليه بالنكول. ففي هذه الصور الثلاثة (له) أي للمشتري الأول (أن يرده) أي المبيع بالعيب على بائعه (لأنه) أي لأن البيع (١) (فسخ من الأصل) أي فسخ من كل وجه لأنه تعذر اعتباره. (فجعل البيع كان لم يكن) أي فجعل البيع الثاني كالمعدوم و البيع الأول قائم فله الخصومة و الرد بالعيب (غاية الأمر) هذا جواب (٢) عما يقال من جهة زفرٌ انه لما أنكر العيب لم يكن له حق الخصومة لأنه تناقض في كلامه تقرير الجواب أن غاية أمر المشتري (أنه أنكر قيام العيب) أي أنكر الإقرار بقيام العيب (لكنه صار مكذباً شرعاً) أي من حيث الشرع (بالقضاء) أي

(١)لأن البيع الخ. و فى الكفاية ص١٩ ج٢. فانْ قيل ينتقض هذا بمسائل احداها أن المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع فى الشفعة و ان كان الرد بالعيب بالبينة و لو كان فسخا من الاصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الاصل و الثانية أن الرجل اذا باع أمته الحبلى من رجل و سلمها اليه ثم ان المشترى ظفر فيها بعيب فردها بقضاء القاضي ثم ولدت ولدا ثم ادعاه أبو البائع لا تصح الدعوة و لو كان الرد بالبينة فسخا للعقد من كل وجه لصحت الدعوة كما تصح فى أمة ابنه التى لم يبعها ابنه أصلا و الثالثة رجل باع عبدا من انسان ثم أحال بالثمن على المشترى غريمه ثم ان المشترى رده بالعيب بقضاء القاضى لا تبطل الحوالة و لو كان الرد بالبينة فسخا للعقد من كل وجه من الاصل لبطلت الحوالة قلنا ذكر محمد رحمه الله تعالى فى مواضع أن بالرجوع فى الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة لرجل قبل الحول و سلمه اليه ثم رجع فى هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من الحول و لا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب فى حق زكاة ما مضي من الحول و كذلك الرجل اذا وهب دارا لآخر و سلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة و لو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما مضي و جعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل يخرج عليه ما أحصيناه من المسائل أما مسئلة الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد و حكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذلك المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار و لايته و قبل الرد لم تكن له ولاية فلا يظهر حكم الرد فيه و كذلك المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لانها سابقة على الرد قال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده رحمه الله تعالى قول القائل الرد بقضاء القاضي فسخ للعقد و جعل له كان لم يكن متناقض متعارض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه فتمكن فى هذه الدعوى دور أو تناقض من هذا الوجه و لكن يقال العقد يجعل كان لم يكن على التفسير الذى قلنا كذا فى الفوائد الظهيرية. (٢)هذا جواب الخ. نحوه فى العناية ص٢١ ج٦.

و معنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة و هذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداً على الموكل لأن البيع هناك واحد و الموجود ههنا بيعان فبفسخ الثاني لا ينفسخ الأول

بقضاء القاضي و لما صار مكذباً بالقضاء ارتفعت المناقضة و صار كمن اشترى شيئاً و أقر أن البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان و استحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن. (و معنى القضاء بالإقرار) هذا تأويل من المصنفؒ لمعنى قول محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير فان قبله بقضاء القاضي باقرار و هذا في القدوري أيضا و لكن لفظه فان قبله بقضاء القاضي فقط و ليس فيه باقرار و قال المصنفؒ معناه (أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة) و إنما احتاج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره بعد الإقرار بالعيب لا يحتاج إلى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب و حينئذ ليس له أن يرده على بائعه لأنه اقالة. و في الفوائد قال بعض مشايخنا الجواب في فصل البينة و النكول محمول على ما إذا كان المشتري ساكتا فإن البينة على الساكت مسموعة و الساكت يستحلف أيضا لتنزيله منكراً. أما إذا انكر المشتري الأول أن يكون هذا العيب عنده ثم كان بالبينة أو النكول فعلى قول محمد رحمه الله تعالى ليس له أن يخاصم بائعه لمكان التناقض و على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى له ذلك لتكذيب القاضي إياه بالبينة و عامتهم قالوا إن سبق منه جحود نصا بان قال بعته و ما به هذا العيب و إنما حدث عندك ثم رد على بقضاء لم يكن له أن يخاصم بائعه. و في الكافي قال زفرؒ لا يعتبر فسخاً في حق البائع الأول حتى لا يرد عليه لأن القاضي مضطر إلى القضاء و هذا الاضطرار جاء بإقراره أو بنكوله فانتقل فعل القاضي إليه لأن فعل المكره ينتقل إلى المكره بكسر الراء و إذا انتقل صار كأنه باشر بنفسه. قلنا فعل المكره إنما ينتقل إذا صلح آلة للمكره و القاضي لا يصلح آلة له في حق القضاء بالفسخ لأن الفسخ يكون بالكلام و الكلام لا ينتقل إلى المكره لأن التكلم بلسان الغير لا يتصور. (و هذا) إشارة إلى قوله له أن يرده من حيث المعنى إذ تقديره و البيع الأول قائم بنفسه فلم ينفسخ بانفساخ البيع الثاني (بخلاف الوكيل بالبيع) جواب (١) عما يقال إذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداً على الموكل و فيما نحن فيه الرد على المشترى ليس ردا على البائع تقريره وكل شخصاً ببيع عبده مثلاً فإنه (إذا رد عليه بعيب بالبينة) أي إذا رد على الوكيل بعيب بالبينة أو بالنكول (حيث يكون رداً على الموكل لأن البيع هناك) أي في مسئلة الوكيل (واحد) أي بيع واحد فكان القضاء عليه بالرد رداً على الموكل (و الموجود ههنا) أي في المسألة بيع المشتري (بيعان فبفسخ الثاني) أي فبفسخالبيع الثاني (لا ينفسخ الأول) أي البيع الأول

(١)جواب الخ. نحوه في العناية ص ٢١ ج٦.

و إن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنه بيع جديد في حق ثالث و إن كان فسخاً في حقهما و الأول ثالثهما و في الجامع الصغير و إن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه و بهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله و فيما لا يحدث سواء

فلأجل هذا لم يكن الرد على المشترى الأول رداً على بائعه (و إن قبل بغير قضاء القاضي) عطف على قوله فإن قبل بقضاء القاضي أي و ان قبل المشتري الأول بغير قضاء القاضي بل قبل برضاه (ليس له أن يرده) على بائعه (لأنه) أي لأن الرد بالتراضي (بيع جديد في حق ثالث و إن كان (١) فسخاً في حقهما و الأول) أي البائع الأول (ثالثهما) أي ثالث اثنين و هما المشتري الأول الذي هو البائع الثاني و المشتري الثاني و لهذا يتجدد للشفيع حق الشفعة لأنه ثالثهما فصار كأن المشتري الأول اشترى ثانياً ما باع فلا يكون له حق الخصومة لا في الرد و لا في حق الرجوع بالنقصان.. كذا في الكافي و قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى يرده كما في الرد بالقضاء فإن قلت هذا يشكل بمسألة ذكرها في المحيط و هي من اشترى ديناراً بدرهم و قبض الدينار و باعه من ثالث و وجد به عيباً فرده على المشتري الأول بغير قضاء كان له أن يرده على بائعه قلت لا يشبه الصرف العروض لأن الرد في العروض جعل بيعاً جديداً في حق الثالث و هو البائع الأول و ههنا لا يمكن أن يجعل بيعاً جديداً لأن النقود لا تتعين في العقود فكان البيع الثاني لم يكن في حقه. (و في الجامع الصغير و إن رد عليه) أي المشتري الأول (بإقراره بغير قضاء) أي بغير قضاء القاضي بالرد (بعيب) أي بسبب عيب (لا يحدث مثله) كالاصبع الزائدة أو الناقصة (لم يكن له أن يخاصم الذي باعه) صورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل اشترى من رجل عبداً ثم باعه من آخر فوجد به الآخر عيباً لا يحدث مثله فرده على بائعه و قبل منه عبداً بغير قضاء قال ليس له أن يرده على البائع الأول أبداً. قال المصنفّ (و بهذا) أي بوضع المسألة في الجامع الصغير في العيب الذي لا يحدث مثله (يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله) كالقروح و الأمراض (و فيما لا يحدث) كالإصبع الزائدة كما ذكرنا (سواء) في الخصومة مع البائع إذا قبله بغير قضاء و ذلك لأنه لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مع التقين بوجوده عند البائع الأول كان أولى أن لا يتمكن من الرد فيما يحدث مثله مع احتمال أنه حدث عند المشتري هو فائدة وضع الجامع و هو الصحيح.

---

(١) و ان كان فسخاً في حقهما. واصلة بما قبلها اى و ان كان الرد بالتراضي فسخا في حق المشتريين. (٢) قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير ص ٢١ ج ٦.

و في بعض روايات البيوع أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب الأول عند البائع الأول. قال و من اشترى عبداً فقبضه فادعي عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة

(و في بعض روايات البيوع) أي بيوع الأصل (أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول) و الصحيح (١) رواية الجامع الصغير لأن الرد بغير قضاء إقالة تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما و هو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى عبداً فقبضه (٢) فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى (٣) البينة) صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم و قبض العبد ثم جاء البائع يخاصمه في الثمن فقال قد كنت دلست لي هذا العيب قال لا يجبر على دفع الثمن حتى يشهد الشهود أو يستحلفه فإن قال

(١)الصحيح الخ. كذا في العناية ص٢٢ ج٦. (٢)فقبضه. و في البحر ص٩٥ ج٦. و قيد بقبض المبيع لأن المشترى يستبد بالفسخ قبل القبض و لاجبر ههنا كذا في المعراج و قد يقال انه اتفاقي لأن للبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فاذا طالبه به قبل قبضه فادعى عيبا لم يجبر فصدق عدم الجبر قبل القبض أيضا. (٣)أو يقيم المشترى البينة. قال في الفوائد الظهيرية و في هذا التركيب نظر لأنه جعل أحد الامرين أي حلف البائع و إقامة المشترى البينة غاية لنفي الاجبار على اداء الثمن فيلزم أن يكون نفي الاجبار منتهيا على اقامة البينة فان أقام البينة على العيب يجبر على دفع الثمن و هذا باطل فانه يرد المبيع عند اقامة البينة فكيف يجبر على دفع الثمن حينئذ و قد تكلف من نظر في الهداية و الجامع الصغير لاصلاح هذه العبارة و أنا أبين صلاحها بوجوه الأول أن الكلام يتضمن لفظا عاما يندرج فيه الغايتان و تقدير العبارة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه حكم الاجبار عند حلف البائع أو عدم الاجبار عند اقامة البينة كذا نقل في العناية (ص٢٣ ج٦) و الثاني ما اختاره صاحب النهاية و هو أن قوله أو يقيم المشترى الخ معطوف على قوله لم يجبر وليس بمعطوف على قوله يحلف البائع فيستقيم المعنى و الثالث ان الانتظار يستلزم عدم الاجبار فمعنى قوله لم يجبر الخ ينتظر من قبيل ذكر اللازم و ارادة الملزوم اى ينتظر حتى يحلف البائع أو يقيم الخ فان حلف البائع يجبر بدفع الثمن و ان أقام بينة يرد بالعيب و الرابع أن كلمة أو بمعنى إلا و هذا استثناء من الحلف أي لم يجبر حتى يحلف البائع إلا أن يقيم المشترى الخ فيستمر حينئذ عدم الاجبار كذا قيل و الخامس أن هذا الكلام من قبيل اللف و النشر التقديرى تقديره لم يجبر المشترى على دفع الثمن و لا يكون للمشترى حق الرد على البائع حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة و السادس أن هذا من قبل التعليق بالمحال يعنى اذا استقام أن يجبر على دفع الثمن فيما اذا أقام المشترى بينة على العيب جاز أن يجبر و قد علم انه لا يستقيم فلا يجبر وهذا نظير ما قال بعض شراح المشكاة في قوله عليه الصلاة و السلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك فافهم كذا في هامش الهداية. و في البحر ص ٩٤ ج٦. و أحسن الوجوه في تأويل الهداية أن معنى عدم الجبر عدم الحكم بشيء حتى يتبين الحال إما ببينة المشترى أو بيمين البائع.

لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب و دفع الثمن أولاً ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع و لأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صوناً لقضائه فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع

شهودي بالشام يقال له ادفع الثمن و إن شئت استحلف لك و ادفع الثمن.. إلى هنا لفظ الجامع فأخذ المصنفؒ هذا و نقله بالعبارة المذكورة ثم علل المسألة بقوله (لأنه أنكر) أي لأن المشتري أنكر (وجوب دفع الثمن) أي وجوب تسليم الثمن على نفسه لما ادعى العيب (حيث أنكر) أي المشترى (تعين حقه بدعوى العيب) لأن حقه فى السليم لا فى العيب. (و دفع الثمن أولاً) يعني وجوب دفع الثمن أولاً إنما هو (ليتعين حقه) أي حق البائع (بازاء تعين المبيع) فحيث أنكر تعين حقه فى المبيع لأن حقه فى السليم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولاً و فى إنكار العلة إنكار المعلول فانتصب خصما و لا بد حينئذ من حجة و هي إما بينة أو يمين البائع فان (١) قيل فى هذا التعليل فساد الوضع لأن صفة الإنكار تقتضي إسناد اليمين إليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب أن الاعتبار بالمعنى لا بالصورة و هو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع الثمن أولا و ان كان فى الصورة منكراً. (و لأنه) دليل آخر أي و لأن القاضي (لو قضي بالدفع) أي بدفع الثمن (فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به) أي بالدفع (صونا لقضائه) أي حفظاً لقضائه عن النقض و ههنا (٢) سؤال و هو أن الموجب للجبر موجود وهو البيع مع القبض و ما ادعاه المشترى من العيب موهوم و الموهوم لا يعارض المتحقق و الجواب عنه يفهم من تقرير الدليل الثاني على ما لا يخفى على الفطن و لكن نوضحه زيادة للبيان و هو أن ما ادعاه المشترى و ان كان موهوماً لكن فيه صيانة القضاء عن النقض لانه يمكن أن يقيم المشترى البينة بعد الجبر على العيب فيلزم بطلان القضاء فى عدم الجبر و سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود و لهذا لو عجل زكاة ماله قبل الحول إلى الساعى لا يسترد لاحتمال أنه يكون زكاة ببقاء المال فى يده و لان الموجب للجبر لا نسلم أنه متحقق إذ الموجب للجبر البيع مع قبض الحق و ههنا قبض الحق غير متعين لإنكاره. (فان قال المشترى شهودي (٣) بالشام استحلف البائع) يعني إذا اطلب من المشتري إقامة البينة على

---

(١)فان قيل الخ. كذا فى العناية ص٢٣ ج٦. (٢)ههنا سوال الخ. نحوه فى فتح القدير ص٢٤ ج٦. (٣)شهودي بالشام. و فى البحر ص٩٥ ج٦. و المراد بقوله شهودي بالشام أنه قال إن له بينة غائبة عن المصر سواء كانوا بالشام أو بغير ها و قيد دعواه بغيبتهم عن المصر لأنه لو قال لى بينة حاضرة أمهله القاضي الى المجلس الثانى اذ لا ضرر فيه على البائع و لو طلب الإمهال إلى ثلاثة أيام أمهله.

و دفع الثمن يعني إذا حلف و لا ينتظر حضور الشهود لأن في الانتظار ضرراً بالبائع و ليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته أما إذا نكل ألزم العيب لانه حجة فيه.

ما ادعاه فقال شهودي غيب فى الشام استحلف البائع و لا ينتظر حضور الشهود لانه أمر على خطر أ يكون أم لا يكون فلا يؤخر الواجب بل يحلف البائع فان قال بالله لقد سلمته إليك بحكم البيع و ما به هذا العيب أجبر المشترى على دفع الثمن و هو معنى قوله (و دفع الثمن يعنى إذا حلف و لا ينتظر حضور الشهود لان فى الإنتظار ضررا بالبائع) لان التأخير لا إلى غاية يجرى مجرى الابطال. (و ليس فى الدفع كثير ضرر به) جواب عما يقال إن في إلزام المشتري دفع الثمن ضرراً له و تقرير الجواب ليس فى دفع الثمن الى البائع كثير ضرر بالمشترى (لأنه على حجته) يعني المشترى بسبيل من إقامة البينة عند حضور شهوده. و قال الاكمل (١) رحمه الله تعالى و فيه بحث من وجهين الاول ما قيل فى بقاء المشترى على حجته بطلان قضاء القاضي و الثاني أن الانتظار و إقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضرراً و الآخر دونه. و الجواب عن الأول أن القاضي ههنا قد قضى (٢) باداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقاً فلا يلزم البطلان و عن الثاني (٣) بأنه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز أن يكون ذلك مماطلة (٤) فلا يسمع قوله في حق غيره (أما إذا نكل) أي البائع عن اليمين (ألزم العيب لأنه) أي لأن النكول (حجة فيه) أي في ثبوت العيب قيل (٥) هذا إحتراز عن النكول في الحدود و القصاص فإنه ليس بحجة و كذا النكول ليس بحجة فى الأشياء الستة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال الأترازيّ فى قولهم فى بيان هذه المسألة لأن المشتري على حجته دليل أن إقامة البينة بعد حلف المدعي عليه معتبرة. و فى خلاصة الفتاوى (٦) لو أقام المدعي البينة بعد ما حلف المدعي عليه يقبل و كذا لو قال المدعي للمدعي عليه احلف فأنت بريء أو قال إذا حلفت فأنت بريء فحلف ثم أقام هو البينة يقبل أما إذا قال المدعي لا بينة لي فحلف المدعي عليه ثم أتى هو بالبينة يقبل في رواية الحسنّ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عن محمد رحمه الله تعالى أنها لا يقبل.

(١)قال الأكملُ فى العناية ص ٢٤ ج٦. (٢)قد قضى الخ. أقول و اذ كان كذلك فلا يلزم البطلان فى الصورة الأولى أيضا إلا أن يقال التوقيت هنا لضرورة دفع الضرر و الأصل الاطلاق و لا ضرورة هناك كذا فى السعدية.
(٣)عن الثانى الخ. أقول و لك أن تجيب أيضا بأنا لم ننف الضرر عن المشترى بل قلنا إن ضرر البائع اكثر من ضرره حيث اجتمع البدلان فى يد المشترى دون البائع فليتأمل. كذا فى السعدية. (٤)مماطلة اذ ليس له غاية معلومة. (٥)قيل هذا الخ. كذا فى العناية ص ٢٤ ج٦. (٦)خلاصة الفتاوى كتاب القضاء ص٣٣ ج٤.

قال و من اشترى عبداً فادعى إباقاً لم يحلف البائع حتى يقيم المشترى البينة أنه أبق عنده و المراد التحيلف على أنه لم يأبق عنده لان القول و إن كان قوله و لكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى و معرفته بالحجة فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه و سلمه إليه و ما أبق عنده قط كذا قال فى الكتاب و إن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه

(قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من اشترى عبداً فادعى إباقاً لم يحلف البائع حتى يقيم المشترى البينة أنه أبق عنده) صورة المسألة فيه محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى فى رجل باع رجل عبداً فقال المشتري بعتني آبقا و كذبه البائع قال لا أحلف البائع على الاباق حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده فإذا أقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه و قبضه و ما أبق قط... انتهى وضع المسألة في الإباق و الحكم فى جميع العيوب التى لا تشاهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة و البول على الفراش و الجنون إلا أن المعاودة فى يد المشترى شرط فى العيوب الثلاثة و الحالة واحدة و هل تشترط المعاودة فى الجنون. فيه كلام قد مر أول الباب (و المراد التحليف على أنه لم يأبق عنده) اى المراد من قول محمد رحمه الله تعالى لم يحلف البائع حتى يقيم المشترى البينة تحليف البائع على أن العبد لم يأبق عند البائع يعني لا يحلف البائع و لا يتوجه عليه الخصومة ما لم يثبت العيب عند المشتري أولاً بالحجة (لأن القول و إن كان (١) قوله و لكن إنكاره) أي إنكار البائع (إنما يعتبر (٢) بعد قيام العيب به) أي بالمبيع (فى يد المشتري) لأن السلامة أصل و العيب عارض. (و معرفته) معرفة قيام العيب (بالحجة فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه و سلمه إليه و ما أبق عنده قط. كذا قال فى الكتاب) اي في الجامع الصغير و قد مر عن قريب. و قال المصنف (و إن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه

---

(١) و ان كان قوله اى قول البائع لكونه منكرا كذا فى العناية. (٢) انما يعتبر الخ. و فيه بحث و هو أن سلامة الذمم عن الدين أصل و الشغل به عارض كما أن السلامة عن العيب أصل و العيب عارض فأى فرق بين ما نحن فيه و بين ما اذا ادعى على آخر دينا فأنكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه و يأمر الخصم بالجواب و ان لم يثبت قيام الدين فى الحال و أجيب بأن قيام الدين لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعى إلى إحياء حقه لأنه ربما لا يكون له بينة أو كانت له بينة لكن لا يقدر على إقامتها لموت أو غيبة بخلاف ما نحن فيه لأن توسل المشترى إلى إحياء حقه ممكن لأن العيب اذا كان مما يعاين و يشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره و ان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء و القوابل كذا فى العناية ص٢٥ ج٦ و نحوه فى الكفاية معزيا إلى الفوائد الظهيرية. أقول و لنا أن نجيب بأن في الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع و يعود عند المشترى حتى يرده و لا يلزم ثبوت الدين فى الحالتين للقضاء بالايفاء بل يكفيه وجوده فى الحال كذا فى السعدية.

الذي يدعى أو بالله ما أبق عندك قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه و ما به هذا العيب و لا بالله لقد باعه و سلمه و ما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم و هو موجب للرد و الاول ذهول عنه و الثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع و لو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده و أراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما و اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لهما

الذي يدعي) أي ليس للمشتري حق الرد عليك أيها البائع بالسبب الذي يدعيه المشتري (أو بالله) أو حلفه بالله (ما أبق عندك قط) يعني أو حلفه القاضي بهذا الوجه فيقول البائع بالله ما أبق عندى قط. و إنما قال عندك لأن القاضي يخاطب البائع كذلك فإذا حلف أضاف إلى نفسه. (أما لا يحلفه بالله لقد باعه و ما به هذا العيب و لا بالله لقد باعه و سلمه و مابه هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد و الأول ذهول عنه) أي التحليف بقوله بالله لقد باعه و ما هذا العيب غفلة عن حدوث العيب بهذا البيع قبل التسليم فلأجل هذا لا يحلف بهذا الوجه لأن العيب ربما لا يكون عند البائع ثم يحدث قبل التسليم وهو موجب للرد فإذا حلف على العيب لم يكن عند البائع يتضرر المشتري لأن البائع صادق فى حلفه فلا يحنث (و الثاني) اى التحليف بالله لقد باعه و سلمه و ما به هذا العيب (يوهم تعلقه) أي تعلق عدم العيب (بالشرطين) يعني البيع و التسليم (فيتأوله) أي البائع (في اليمين) و يقول لم يكن العيب (عند قيامه) أي عند قيام العيب (وقت التسليم دون البيع) يعني لم يكن العيب عند الحالتين بل عند التسليم فحسب فاذا حلف على هذا الوجه يكون صادقاً و لا يحنث إذ بانتفاء الجزء ينتفي الكل فيتضرر المشتري و إنما قال يوهم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح و لكنه يتوهم لذلك بما ذكر. (و لو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده و أراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنه أبق عنده) أي عند المشتري (يحلف على قولهما) أي قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى على العلم لأنه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما يعلم أن هذا العبد جن عند هذا المشتري و لا أبق و لا سرق و لا بال على فراش.. كذا ذكر فى الجامع الكبير قولهما و لم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) فقيل يحلف عنده أيضاً و قيل لا يحلف و هو الأصح (لهما) أي

أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليه البينة فكذا يترتب التحليف و له على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة و ليست تصح إلا من خصم و لا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب و إذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانياً للرد على الوجه الذي قدمناه قال إذا كانت (١) الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ. قال و من اشترى جارية و تقابضا

لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها) أي على الدعوى (البينة فكذا يترتب) على الدعوى (التحليف و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (على ما قاله البعض) أي بعض المشايخ (أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة و ليست) أي الدعوى (تصح إلا من خصم و لا يصير) أي المشتري (خصماً فيه) أي فيما ذكرنا (إلا بعد قيام العيب) عند نفسه و في هذا إشارة إلى أنه لا يشترط لترتب البينة على الدعوى كونها صحيحة بل تقوم البينة فيما لا دعوى فيه أصلاً كالحدود و كذا تصح إقامة البينة على أنه وكيل أو وارث فلان بلا دعوى (و إذا نكل) اي البائع (عن اليمين عندهما يحلف ثانياً للرد) و هذه اليمين تسمى يمين الرد فإن حلف بريء و إن نكل يثبت العيب عند البائع فيه و عليه الحلف (على الوجه الذي قدمناه) اي يحلف على البتات على ما قدمه من قوله بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) و ذلك لأن اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة فلا يلزم الرد من وجودها عند المشتري في الكبر إذا كان وجودها عند البائع في الصغر فإذا حلف البائع مطلقاً يكون فيه ترك النظر للبائع لأنه يمتنع عن اليمين مطلقاً إذا وجدت هذه العيوب عنده في الصغر (٢). (قال و من اشترى جارية و تقابضا) اي قبض البائع

---

(١) كانت –ن– كان. (٢) في الصغر. و في فتح القدير ص٢٨ ج٦. و قد ظهر بما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الإباق و نحوه و هو كل عيب لا يعرف إلا بالتجربة و الاختبار كالسرقة و البول في الفراش و الجنون و الزنا و بقي أصناف أخرى ذكرها قاضي خان و هي مع ما ذكرنا تتمة أربعة أنواع: الأول أن يكون ظاهراً لا يحدث مثله أصلاً من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالأصبع الزائدة و العمى و الناقصة و السن الشاغية أي الزائدة فالقاضي يقضي فيها بالرد إذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع أو المشتري إلا أن يدعي البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء و الإبراء منه فإن ادعاه سأل المشتري فإن اعترف امتنع الرد و إن أنكر أقام البينة عليه فإن عجز يستحلف ما علم به وقت المبيع او ما رضي به و نحوه فإن حلف رده و إن نكل امتنع الرد الثاني أن يدعي عيباً باطناً لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد و الطحال فإن اعترف به عندهما رده و كذا إذا أنكره فأقام =>

فوجد بها عيباً فقال البائع بعتك هذه و أخرى معها و قال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى لان الإختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب

الثمن و المشتري الجارية (فوجد بها عيباً فقال البائع بعتك هذه و أخرى معها و قال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض) لأنه أعرف بما قبضه (كما في الغصب) فانه إذا اختلف الغاصب و المغصوب منه فقال المغصوب

=> المشتري البينة أو حلف البائع فنكل إلا إن ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا و إن أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين و الواحد يكفي و الاثنان أحوط فإذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده الثالث أن يكون عيباً لا يطلع عليه إلا النساء كدعوى الرتق و القرن و العفل و الثيابة و قد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا إلا أنه إذا أنكر قيامه للحال أريت النساء و المرأة العادلة كافية فإذا قالت ثيباً أو قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم أو إذا انضم إليه نكوله عند تحليفه غير أن القرن و نحوه إن كان مما لا يحدث مثله ترد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك عند البائع للتيقن بذلك كما في الأصبع الزائدة إلا أن يدعي رضا فعلى ما ذكرنا. و في شرح قاضي خان: العيب إذا كان مشاهداً و هو مما لا يحدث يؤمر بالرد و إن كان مما يحدث و اختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لأنه يثبت الخيار و القول للبائع لأنه ينكر الخيار و هذا يعرف مما قدمناه. و لو اشترى جارية و ادعى أنها خنثى يحلف البائع لأنه لا ينظر إليه الرجال و لا النساء اه. و في البحر ص ١٠٠ ج٦. و في المعراج و لو أراد المشترى الرد و لم يدع البائع عليه شيئاً يسقطه لم يحلف المشترى لأن التحليف لقطع الخصومة و فيه إنشاؤها. و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحلف صيانة لقضائه عن النقض لو ظهر ذلك في ثاني الحال بالله ما علم بالعيب حين اشتراه و لا رضي به و لا عرضه على البيع و أكثر القضاة يحلفون بالله ما سقط حقك في الرد بالعيب من الوجه الذي يدعيه نصاً و لا دلالة و هو الصحيح و أحب إلي أن يستحلفه و إن لم يدع و لو ادعى سقوط حق الرد يحلف اتفاقاً اه. و قدمنا أن خيار العيب على التراخي و لو خاصم ثم ترك ثم عاد و خاصم فله الرد كما في المعراج أيضا. و ذكر في الخلاصة و البزازية أن القاضي لا يستحلف الخصم بدون طلب المدعي إلا في مسائل منها: خيار العيب و قد ذكرناه الثانية النفقة في مال الغائب لا يقضي بها حتى يستحلف المرأة. الثالثة الشفعة لا يقضي بها حتى يستحلف الشفيع و كتبناها في الفوائد الفقهية مفصلة. ثم اعلم أن القاضي إنما يحتاج إلى قول الأطباء عند عدم علمه بالعيب أما إذا كان من ذوي المعرفة نظر بنفسه كما في البزازية و نظر أمين القاضي كهو كما في البدائع. و اشتراط العدلين منهم إنما هو للرد و إن أخبر واحد عدل توجهت الخصومة فيحلف البائع كما فيها أيضاً و لكن في أدب القاضي ما يخالفه اه. و في المنحة على البحر قوله (و لكن في أدب القاضي ما يخالفه) قال في البزازية و في أدب القاضي: الذي يرجع فيه الى الأطباء لا يثبت في حق توجه الخصومة ما لم يتفق عدلان بخلاف ما لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول المرأة الواحدة في حق الخصومة لا في حق الرد اه و في البحر ص ١٠١ ج٦. و في أدب القاضي: لو أخبرت امرأة بأنها حامل و امرأتان بالعدم صحت الخصومة و لا يقبل قول النافية فإن قال البائع ليست لها بصارة اختار القاضي ذات بصارة اه. و قدمنا أن للبائع أن يمتنع من القبول مع علمه بالعيب حتى يقضي عليه ليتعدى إلى بائعه و قد صرح به في البزازية أيضاً. و في تهذيب القلانسي: لو أقام البائع بينة أنه حدث عند المشتري و أقام المشتري البينة أنه كان معيباً في يد البائع تقبل بينة المشتري اه.

و كذا إذا اتفقا على مقدار البيع و اختلفا فى المقبوض لما بينا. قال و من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما و وجد بالآخر عيباً فإنه يأخذهما أو يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها (١) قبل التمام و قد ذكرناه و هذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق فى العقد و لو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه و يروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يرده خاصة و الاصح أنه يأخذهما أو يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع و هو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه

منه غصبت مني غلامين و قال الغاصب غلاماً واحداً فالقول قول الغاصب لأنه القابض (و كذا إذا اتفقا) اي المتعاقدان (على مقدار المبيع) بأن كان المبيع جاريتين (و اختلفا في المقبوض) فقال البائع قبضتهما و قال المشتري ما قبضت إلا احداهما فالقول قول المشتري (لما بينا) ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض. (قال) اي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من اشترى عبدين صفقة واحدة و قبض أحدهما و وجد بالآخر عيباً فإنه يأخذهما او يدعهما) اي يأخذهما جميعاً او يتركهما جميعاً و ليس له أن يأخذ السليم خاصة (لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون) اي قبض أحدهما (تفريقها) أي تفريق الصفقة (قبل التمام) أي تمام الصفقة و هو لا يجوز (و قد ذكرناه) يعني قبل (٢) باب خيار العيب بقوله لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض و إن كانت لا تتم قبله (و هذا) اي التفريق في القبض لا يجوز (لأن القبض له شبه بالعقد) من حيث أن القبض يثبت ملك التصرف و ملك اليد كما أن العقد يثبت ملك الرقبة و الغرض من ملك الرقبة ملك التصرف و ملك اليد (فالتفريق فيه) اي في القبض (كالتفريق فى العقد) و لو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا. (و لو وجد بالمقبوض عيباً) اي لو وجد المشتري بالمقبوض عيباً فيما إذا اشترى عبدين فقبض أحدهما و وجد فيه عيباً (اختلفوا) اي المشايخ (فيه) اي في حكمه و الصحيح أنه لا يرد المقبوض خاصة يعني إن شاء ردهما جميعاً أو أخذهما كما يجيء الآن (و يروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يرده) أى المقبوض (خاصة) لأن الصفقة تمت فيه (و الأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع و هو اسم للكل) اي لكل ما وقع عليه العقد (فصار) أي تمام الصفقة (كحبس المبيع لما تعلق زواله) أي زوال حبس المبيع (باستيفاء الثمن لا يزول) أي حق الحبس (دون قبض جميعه) أي جميع الثمن

---

(١) تفريقها –ن– تفريقا. (٢) قبل باب الخيار العيب. البناية ص١٤٨ ج١٠.

و لو قبضهما ثم وجد باحدهما عيباً يرده خاصة خلافاً لزفرٌ هو يقول فيه تفريق الصفقة و لا يعرى عن ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض و خيار الرؤية

و قوله لا يزول جواب لما (و لو قبضهما) أي العبدين مثلاً (ثم (١) وجد بأحدهما عيباً يرده) أي المقبوض (خاصة خلافاً لزفرٌ) فان عنده ليس له إلا أن يردهما. و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى كذا ذكر قولهما في الايضاح و كذا ذكر شمس الأئمة البيهقيٌ قول زفرٌ في الكفاية و كذا ذكر شمس الأئمة السرخسيٌ في شرح الكافي قول زفرٌ فقال على قول زفرٌ يردهما إن شاء و لكن قال القدوريٌ (٣) فى كتاب التقريب قال أصحابناٌ إذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض رده خاصة و ان كان قبل القبض ردهما و قال زفرٌ يرد المعيب فى الوجهين و علل لزفرٌ بأن العقد صح فيهما و العيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض و ذكر صاحب المختلف و المنظومة مثل ما ذكر القدوريٌ فيحمل الاختلاف في قول زفرٌ على اختلاف الرواية عنه (هو) أي زفرٌ (يقول فيه تفريق الصفقة و لا يعرى) أي تفريق الصفقة (عن ضرر لأن العادة جرت) بين التجار (بضم الجيد إلى الرديء) لرواج الرديء فاذا جاز رد أحدهما دون الآخر يفوت غرض البائع و فيه ضرر (فأشبه ما قبل القبض) بجامع دفع الضرر. (و خيار الرؤية) أي

(١)ثم وجد الخ. و فى البحر ص١٠٣ ج٦. قيد بتراخى ظهور العيب عن القبض لأنه لو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض فان قبض المعيب منهما لزماه أما المعيب فلوجود الرضا به و أما الآخر فلأنه لا عيب به و لو قبض السليم منهما فلو كانا معيبين (الذى فى المنح أو كانا معيبين) فقبض أحدهما له ردهما جميعا لأنه لا يمكنه الزام البيع فى المقبوض دون الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع و لا يمكن إسقاط حقه فى غير المقبوض لأنه لم يرض به. و لو أعتق السليم أو باعه بعد قبضه لزمه الآخر كيلا تتفرق الصفقة على البائع لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض المبيع كذا فى المحيط. و لو اشترى خاتم فضة فيه فص و قلع الفص لا يضرب بواحد منهما فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض فله أن يقلع الفص و يرد المعيب منهما و لو وجد باحدهما عيبا قبل القبض ردهما و كذا السيف المحلى و المنطقة المحلاة. و لو اشترى نخلا فيه تمر فجز التمر ثم وجد باحدهما عيبا لا يرد أحدهما بل يردهما لأنهما بمنزلة شيء واحد لأن التمر بعض النخل لأنه خرج منه بخلاف الفص لأنه ليس من الفضة. كذا فى المحيط. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى. و فى شرح الوجيز ص١٤٢ ج٤. لو اشترى عبدين صفقة واحدة ثم وجد باحدهما عيبا فهل له إفراده بالرد جزم الشيخ أبو حامدٌ فى التعليق بانه ليس له ذلك و المشهور انه على قولين و بنوهما على جواز تفريق الصفقة ان جوزنا تجويز الافراد و الا فلا و قياس هذا البناء أن يكون قول التجويز اظهر و لكن صرح كثير من الصائرين إلى جواز التفريق بأن منع الافراد أصح و احتجوا له بأن الصفقة وقت مجتمعة و لا ضرورة الى تفريقها فلا تفرق و القولان مفروضان فى العبدين و فى كل شيئين لا يتصل منفعة أحدهما بالآخر فأما فى زوجى الخف ومصراعى الباب فلا سبيل إلى افراد المعيب بالرد بحال و ارتكب بعضهم طرد القولين فيه و لا فرق على القولين أن ينفق ذلك بعد القبض أو قبله. (٣)قال القدوريٌ الخ. كذا فى فتح القدير ص ٣١ ج٦.

و الشرط و لنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة فى خيار العيب و في خيار الرؤية و الشرط لا تتم به على ما مر و لهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر. قال و من اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيباً رده كله أو أخذه كله و مراده بعد القبض

و أشبه خيار الرؤية (و الشرط) أي و خيار الشرط (و لنا أنه) أي أن الرد (تفريق الصفقة بعد التمام) أي بعد تمام الصفقة (لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب) لأن العيب لا يمنع تمام الصفقة فيرد المعيب خاصة و به قال الشافعي رحمه الله تعالى فى قول (و في خيار الشرط و الرؤية لا تتم به) أي لا تتم الصفقة بالقبض فيهما (على ما مر) أي في باب خيار الرؤية. (و لهذا) أي و لأجل التفريق بعد التمام (لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر) أي بعد قبضهما و هذا كله إذا كان المشتري شيئين يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر كالعبدين و الثوبين أما إذا كان المشترى شيئين لا يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر كخفين و مصراعي باب و نعلين فقبضهما ثم وجد بأحدهما أو بهما عيباً ردهما ان شاء أو أخذهما و ليس له أن يرد أحدهما دون صاحبه. كذا قال (١) الكرخيّ فى مختصره و فى الفتاوى الصغرى إذا اشترى خفين فوجد أحدهما ضيقاً إن كان لا يدخله لعلة فى الرجل ليس له أن يرده و إن لم يكن كذلك له أن يرده. (و من اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيباً رده كله أو أخذه كله ومراده بعد القبض) أي و مراد محمد رحمه الله تعالى بعد القبض لأن المسألة من مسائل الجامع الصغير و فى بعض النسخ و المراد به بعد القبض و إنما قيد به لأنه إذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم عندنا بين المكيل و الموزون و غيرهما في أنه لا يجوز تفريق الصفقة برد المعيب خاصة و أما التفريق إذا كان بعد القبض فيجوز تفريق الصفقة فيما عدا المكيل و الموزون و أما فيهما فلا يجوز إذا كان في وعاء واحد

(١) كذا قال الكرخيّ في مختصره. و فى البحر ص ١٠٤ ج٦. ثم اعلم أن ما لا ينتفع بأحدهما إلا بالآخر له أحكام منها حكم العيب و منها لو قبض أحدهما بغير اذن البائع و هلك الآخر عند البائع يخير المشتري فيما قبض بحصته و إذن البائع في قبض أحدهما إذن في قبضهما و منها لو أعار أحدهما و أمر المستعير بقبضه لا يكون إذنا بقبض الآخر و منها لو استحق احدهما بعد القبض رد المشترى الآخر ان شآء و منها لو عيب المشترى المأخوذ ثم هلك الآخر فى يد البائع و لم يمنعه إياه هلك على المشترى و ان منع البائع هلك على البائع و منها لو أحدث البائع باحدهما عيبا بأمر المشترى صار قابضا لهما و منها لو رأى المشترى أحدهما فرضيه لم يكن رضا بالآخر و منها لو تعيب احدهما لم يرد الآخر بعيب و خيار رؤية و يرجع بالنقصان و منها لو استهلك رجل أحدهما يدفع اليه الآخر و يضمنه قيمتهما إن شآء و المسائل كلها من المحيط. و الحاصل أن حكم أحدهما حكم الآخر إلا فى مسائل الاذن بقبض أحدهما فى العارية لا يكون إذنا بقبض الآخر و رؤية أحدهما لا تكون رؤية للآخر.

لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد ألا ترى أنه يسمى باسم واحد و هو الكر و نحوه و قيل هذا إذا كان في وعاء واحد و إن كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر

على ما هو اعتبار المشايخ رحمهم الله تعالى. و للشافعي رحمه الله تعالى قولان في الكل قبل القبض و بعده (لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد) احترز به عما إذا كان المكيل من جنسين كالحنطة و الشعير فان للمشترى أن يرد المعيب خاصة و للشافعي رحمه الله تعالى قولان فيه بناء على جواز تفريق و عدمه. (ألا ترى أنه يسمى باسم واحد) أي حكماً و تقديراً لا تحقيقاً لأن المالية و التقوم في المكيلات و الموزونات باعتبار الاجتماع فان الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها و اذا كانت المالية و القابلية للبيع باعتبار الاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد و الشيء الواحد لا يرد بعضه دون البعض (و هو الكر) (١) بضم الكاف و تشديد الراء و هو مكيال لأهل العراق معروف و جمعه اكرار و قال الأزهري الكرستون قفيزاً و القفيز ثمانية مكاكيك و المكوك صاع و نصف (و نحوه) أي و نحو الكر كالوسق و الفرق و الصبرة. (و قيل هذا) أي الذي ذكرنا من أخذ الكل أو رد الكل (إذا كان في وعاء واحد و إن كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب دون الآخر) إذا كان قبضهما لأن ذلك لا يوجب عيباً زائداً و قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في شرحه للجامع الصغير معنى هذا أن العيب إذا كان مختلطاً بالذى لا عيب فيه فليس له أن يرد المعيب لأنه لو رده على البائع كان ذلك إضراراً به و أما إذا كان المعيب في جوالق و الجيد في جوالق له أن يرد المعيب خاصة لأنه بمنزلة شيئين مختلفين. ثم قال (٢) أبو الليث هذا التأويل يصح على قول محمد رحمه الله تعالى خاصة و إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح هذ التأويل لأنه روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في المجرد أن رجلاً لو اشترى أعدالاً من تمر فوجد بعدل منها عيباً فان كان التمر كله من جنس واحد فهو بمنزلة شيء واحد فليس له أن يرد بعضه دون بعض و نقل الناطقي في الأجناس رواية بشر بن الوليد لو اشترى زقين من السمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير قبض الجميع له رد المعيب خاصة إلا أن يكون هذا و الآخر على السواء فاما أن يرد كله أو يترك كله.

---

(١) الكر الخ. كذا في المغرب ص٢١٤ ج٢. (٢) ثم قال الخ. كذا في فتح القدير ص٣٢ ج٦.

و لو استحق بعضه لا خيار له في رد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض و الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك و هذا إذا كان بعد القبض أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام. و إن كان ثوباً فله الخيار لأن التشقيص فيه عيب و قد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل و الموزون

و من اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها أو كانت دابة فركبها

(و لو استحق بعضه) أي بعض ما يكال أو يوزن بعد القبض (فلا خيار (١) له في رد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض) و الشركة في المكيل و الموزون لا تعد عيباً باعتبار أن التبعيض لا يضرهما بعد القبض لتمام الصفقة (و الاستحقاق) جواب (٢) إشكال و هو أن يقال ينبغي أن يكون له الخيار في رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام و تقرير الجواب أنه لا يلزم ذلك لأنه لو لزم ذلك للزم بطريق الاستحقاق و الاستحقاق (لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك) لأن العقد حق العاقد و تمامه يستدعي تمام رضاه و بالاستحقاق لا ينعدم ذلك و لهذا قلنا في الصرف و السلم إذا أجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحاً فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضاء العاقد لا المالك. (و هذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (إذا كان بعد القبض أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام) لأن تمام الصفقة يحتاج إلى رضاء العاقد و قبض المبيع و انتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها. (و إن كان ثوباً) أي و إن كان المستحق ثوباً (فله الخيار لأن التشقيص فيه) أي في الثوب (عيب) عرفاً (و قد كان) أي التشقيص (وقت البيع حيث ظهر الإستحقاق) يعني أن عيب الشركة فيه لم يحدث في يد المشتري حتى يمنع الرد بل كان في يد البائع حيث ظهر الإستحقاق فلا يكون مانعاً (بخلاف المكيل و الموزون) فإن التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر. (و من اشترى جارية فوجد بها (٣) قرحاً فداواها أو كانت دابة فركبها

---

(١)فلا خيار له في رد ما بقي و هذا ظاهر الرواية و روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن له رده دفعا لضرر مؤنة القسمة و وجه الظاهر أنه لا يضره التبعيض لا في القيمة و لا في المنفعة أما في القيمة فان المد من القمح يباع على وزان ما يباع به الأردب و الغرارة و أما في المنفعة فظاهر فلا يتضرر به بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير معيبا بتبعيضه فان الفضلة من الثوب كالذراع اذا نودى عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلا بها في الثوب و ان كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف الميكيل لا يتعيب بالشركة فانهما ان شآءا اقتسماه في الحال و انتفع كل بنصيبه كما يجب و مؤنة القسمة خفيفة و قد تكون بكيل عبدهما و غلامهما كذا في فتح القدير ص٣٣ ج٦. (٢)جواب إشكال الخ. نحوه في العناية و الكفاية و الفتح. (٣)فوجد بها قرحاً الخ. و في البحر =>

في حاجته فهو رضاً لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار و إنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطاً و إن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فليس برضا أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد و الجواب في السقي و اشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد منه بداً إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد و أما إذا كان يجد منه بداً

في حاجته فهو رضاً لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء) و إمساك العين الأصل في هذه المسائل أن تصرف المشتري بشيء يدل على الرضاء بعد العلم بالعيب يمنع الرد و الارش نحو العرض على البيع و الإجارة و اللبس و الركوب لحاجته و المداواة و الرهن و الكتابة و الإستخدام مرة ثانية (١) لأنه صار راضياً بالعيب (بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك) أي في خيار الشرط (للاختبار و إنه) أي و إن الإختبار يكون (بالإستعمال فلا يكون الركوب مسقطاً) لكون الركوب في شرط الخيار للامتحان فيكون مقصوداً من الخيار. (و إن ركبها (٢) ليردها على بائعها أو ليسقيها) أي أو ركبها ليسقيها (أو ليشتري لها علفاً فليس برضا) بالعيب (أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد و الجواب في السقي و اشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد منه بداً إما لصعوبتها) أي لصعوبة الدابة (أو لعجزه) أي أو لعجز نفسه (أو لكون العلف في عدل (٣) واحد و أما إذا كان يجد منه بداً

=> ص١٠٦. أما اذا داوى المبيع من عيب قد برئ منه البائع و به عيب آخر فانه لا يمتنع رده كما في الولوالجية.

(١)مرة ثانية. أقول هذا قيد للاستخدام فقط. و في البحر ص١٠٦ ج٦. الاستخدام بعد العلم بالعيب لا يكون رضا استحسانا لأن الناس يتوسعون فيه و هو للاختبار هكذا أطلقه في المبسوط. و نقل عن السرخسيّ في البزازية أن الصحيح أن الاستخدام رضا بالعيب في المرة الثانية إلا اذا كان في نوع آخر. و في الهندية ص٧٥ ج٣. الاستخدام مرة لا يكون رضا بالعيب إلا اذا كان على كره من العبد و اذا استخدم مرتين يكون رضا بالعيب و به يفتي كذا في المضمرات. (٢)و ان ركبها الخ. و في المنحة على البحر ص١٠٦ ج٦. قال في الشرنبلالية جعل الركوب للرد غير مانع مطلقا و للسقي و شراء العلف غير مانع مع الضرورة ضعيف لما قال الزيلعيّ لا يكون الركوب ليسقيها المآء أو ليردها على البائع أو ليشترى لها العلف رضا بالعيب و هذا استحسان لأنه محتاج اليه و قد لا تنقاد و لا تنساق فلا يكون دليل الرضا إلا اذا ركبها في حاجة نفسه و قيل تأويله اذا لم يكن له بد من الركوب ان كان العلف في عدل واحد و لا تنساق و لا تنقاد و قيل الركوب للرد لا يكون رضا كيفما كان لأنه سبب للرد و لغيره يكون رضا إلا عن ضرورة اه. و في المواهب الركوب للرد أو للسقي أو لشراء العلف لا يكون رضا مطلقا في الأظهر اه. و في البحر ص١٠٦ ج٦. و في خزانة الفقه اختلفا قال البائع ركبتها لحاجتك و قال المشترى لأردها عليك فالقول للمشترى. (٣)في عدل واحد. و في فتح القدير ص٣٤ ج٦. و تقييده بعدل واحد لأنه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضي خان و غيره. و لا يخفى أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي أنها لا تمنع الرد معها تجر فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين.

لانعدام ما ذكرناه يكون رضا. قال و من اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يرده و يأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق و على هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع

لانعدام ماذكرناه يكون رضا) و في خلاصة الفتاوى (١) و لو حمل علف دابة أخرى و ركبها أو لم يركبها فهو رضى و قال ابن دريدّ العدل (٢) بالكسر إذا عدل بمثله (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى عبداً قد سرق و لم يعلم به) و لم يعلم المشترى بكون العبد قد سرق لا وقت البيع و لا وقت القبض كذا ذكره التمرتاشيّ (فقطع عند المشتري) أي قطعت يده عند المشتري لثبوت سرقه (له) أي للمشتري (أن يرده و يأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أي جميع الثمن... هكذا ذكر في عامة شروح الجامع الصغير و ذكر في روايات المبسوط و جامع التمرتاشي يرجع بنصف الثمن و قول من قال يرجع بكل الثمن ينصرف إلى اختيار رد العبد المقطوع و قول من قال بالنصف ينصرف إلى اختيار امساكه. (و قالا) أي أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق) يعني يقوم سارقاً و غير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن (و على هذا الخلاف) المذكور بين أبي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (إذا قتل) أي العبد (بسبب وجد في يد البائع) صورته اشترى عبداً مباح الدم لقود أو ردة أو قطع طريق فقتل عند المشتري يرجع على البائع بكل الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى في قول و هو اختيار المزني و أبي إسحاق المروزي رحمهما الله تعالى و عندهما يقوم مباح الدم و معصوم الدم فيرجع بفضل ما بينهما و به قال (٤) الشافعي رحمه الله تعالى في قول و هو اختيار ابن سريج و ابن أبي هريرة رحمهما الله تعالى و في صحة (٥) بيع العبد الجاني

---

(١) خلاصة الفتاوى ص٧٠ ج٣. (٢) العدل الخ. قد مر تحقيق لفظ العدل لغة في هامش البناية ص٤٧ ج١٠. (٣) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح الوجيز ص٢١٨ ج٤. و فيه أيضا و هو الأصح. (٤) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح الوجيز ص٢١٨ ج٤. و فيه أيضا و به قال أحمد رحمه الله تعالى. و كذا في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٢٥٤ ج٤. (٥) و في صحة الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٢٥٣ ج٤. (فصل) يصح بيع العبد الجاني سواء كانت الجناية عمدا أو خطأ على النفس و ما دونها موجبة للقصاص أو غير موجبة له و بهذا قال أبو حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى في أحد قوليه و قال في الآخر لا يصح بيعه لأنه تعلق برقبته حق آدمي فمنع صحة بيعه كالرهن بل حق الجناية آكد لأنها تقدم على حق المرتهن و لنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداءه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة أو حق يثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني فجاز كالعتق و ان كان الحق قصاصا فهو ترجى سلامته و يخشى تلفه فأشبه المريض أما الرهن فان الحق متعين فيه لا يملك سيده ابدا له ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذى التزمه برضاه و اختياره.

و الحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده و بمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع و القتل و أنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده و صار كما إذا اشترى جارية حاملاً فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها

له قولان أحدهما أنه يصح و اختاره المزني و الثاني أنه لا يصح و ما ذكرنا من القولين في الرجوع بكل الثمن و النقصان على قول صحة البيع كذا في كتبهم. (و الحاصل) من هذا الخلاف (أنه) أي استحقاق القطع أو كونه مباح الدم (بمنزلة الاستحقاق عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن فكذلك هنا (و بمنزلة العيب عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى فإذا ظهر عيب يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبداً قد وجب عليه القطع و عبداً لم يجب عليه القطع فيرجع بازاء النقصان من الثمن. (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن الموجود في يد البائع سبب القطع و القتل و أنه) أي و أن سبب القطع و القتل (لا ينافي (١) المالية) بدليل صحة البيع و نفاذ تصرفه فيه بالعتق و غيره و لو كان لحل الدم أثر في انعدام المالية لما صح البيع كذا في الأسرار (فنفذ العقد فيه لكنه متعيب (٢) فيرجع بنقصانه عند تعذر رده) أما التعذر في صورة القتل فظاهر و أما التعذر في صورة قطع اليد فلأن الاستيفاء وقع في يد المشترى و هو غير الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشترى و العيب الحادث عنده يمنع الرد و لكنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا بنقصان عيب القطع و به صرح الزاهد العتابي لأن القطع و إن كان مضافاً إلى السرقة لأنه يستحق بها لم يكن فوات المالية في ضمنه مضافاً إليها لأن السرقة لا تفوت المالية و القطع يستحق من حيث أنه آدمي لا من حيث أنه مال فلهذا أوجب الرجوع بنقصان عيب السرقة لا عيب القطع (و صار) هذا (كما إذا اشترى جارية حاملاً) و لم يعلم بالحمل وقت الشراء و القبض (فماتت في يده) أي في يد المشتري (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها

---

(١) لا ينافي المالية و لذا صح بيعه و عتقه و لو مات كان الثمن مقررا على المشترى و ليس لولى القصاص حق فى ماليته و لذا لو كان ولى القصاص يأبى شراء المشترى اياه صح شراءه و لو كان له حق فى ماليته لم يصح كما لو أبى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته و الاستحقاق باعتبار المالية بالقتل فهو فعل أنشأه المستوفى باختياره فى النفس بعد ما دخل فى ضمان المشترى و به لا ينتقض قبض المشترى لأنه يتعلق بالمال المبيع و ينتقض بأخذ المستحق له لأنه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا فى يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان. كذا فى فتح القدير ص٣٥ ج٦. (٢) متعيب لأن مباح اليد أو الدم لا يشترى كالسالم لأنه أشد من المرض الذى هو عيب بالاجماع كذا فى العناية ص٣٥ ج٦.

حاملاً إلى غير حامل و له أن سبب الوجوب في يد البائع و الوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق و صار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب و ما ذكر من المسألة ممنوعة و لو سرق

حاملاً إلى (١) غير حامل) و لا يرجع بكل الثمن (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (ان سبب الوجود في يد البائع) أي سبب وجوب القطع أو القتل العمد و هو السرقة أو القتل وجد في يد البائع (و الوجوب) أي سبب الوجوب (يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق) فصار كالمستحق و المستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الأصل لعدم مصادفة العقد محله (و صار) هذا (كما إذا قتل المغصوب) أي العبد المغصوب (أو قطع بعد الرد) إلى مولاه (بجناية) أي بسبب جناية (وجدت في يد الغاصب) صورته غصب رجل عبداً فقتل العبد عنده رجلاً عمداً فرده على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب (٢) (و ما ذكر من المسألة) أي مسألة الحامل (ممنوعة) وجه المنع أنها على قولهما و أما (٣) على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فالمشترى يرجع على البائع بكل الثمن إذاماتت من الولادة و قيل إنها على الإختلاف أيضاً و إن لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع و لئن سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلوق و انه يوجب انفصال الولد و لا يفضى إلى الهلاك غالباً بل الغالب هو السلامة عند الولادة و هو نظير الزاني إذا جلد بخلاف ما إذا غصب جارية فحملت في يد الغاصب فردها فولدت في يد المالك و ماتت يرجع على الغاصب أما ههنا الحبل لا يمنع صحة التسليم إلى المشتري كذا في جامع العتابي و المبسوط (٤) و فائدة الخلاف فيما إذا اطلع على سبب القتل و القطع و لم يقتل و لم يقطع هل يجوز رده أم لا فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز رده لأنه بالإستيفاء يكون بمنزلة الاستحقاق و عندهما يجوز و به قال الشافعي رحمه الله تعالى لأنه بمنزلة العيب و كونه مستحقاً للقطع أو القتل عيب سواء استوفى أم لا و في تتمتهم و فائدة الخلاف يظهر في أمر الكفن و الدين فعلى طريقة المروزيّ على البائع و على طريقة ابن سريجّ على المشترى. (و لو سرق) أي

(١)إلى غير حامل. و في الفتح لفظة إلى في قوله إلى غير حامل ليس لهاموقع. (٢)الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الأول و اذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق و صار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية إلا أنه لا يظهر أثر ذلك إلا بحقيقة فعل الاستيفاء و قبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصح البيع و نحوه فأما اذا قتل فقد تم حينئذ الاستحقاق و بطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع. كذا في فتح القدير ص٣٦ ج٦. (٣)و أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. قاله القاضيان أبو زيد و فخر الدين قاضى خان رحمهما الله تعالى كذا في القدير. (٤)المبسوط للسرخسيّ ص١١٦ ج١٣.

في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا و عنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث و يرجع بربع الثمن و إن قبله البائع فبثلاثة الأرباع لأن اليد من الآدمي نصفه و قد تلفت بالجنايتين و في احداهما الرجوع فيتنصف و لو تداولته الأيدي ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق و

العبد المبيع (في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما)أي بالسرقتين (عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يرجع) أي المشتري (بالنقصان) أي بنقصان السرقة الموجودة عند البائع (كما ذكرنا) يعني عند قوله و إن اشترى عبداً قد سرق و لم يعلم به إلى آخره. (و عنده) أي و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث و يرجع بربع الثمن و إن قبله البائع فبثلاثة الأرباع) أي يرجع بثلاثة أرباع الثمن (لأن اليد من الآدمي نصفه و قد تلفت بالجنايتين) و هما اللتان كانت احداهما في يد البائع و الأخرى في يد المشترى (و في إحداهما) أي و في إحدى الجنايتين (الرجوع) أي رجوع المشتري على البائع بنصف الثمن (فيتنصف) أي النصف فينقسم عليهما بنصفين لكون القطع مضافاً إلى السرقتين فيسقط نصف النصف عن البائع و هو الربع و يضاف الربع الباقي إلى النصف فيصير ثلاثة أرباع فيرجع بها على البائع. فان قيل (١) إذا حدث عند المشترى عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن ههنا كذلك أجيب بأن هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى نظرا إلى جريانه مجرى الإستحقاق و ما ذكرتم لا يتصور فه فان قلت (٢) أما تذكرون ما تقدم أن حكم العيب و الإستحقاق يستويان قبل القبض و بعده في غير المكيل و الموزون فما الذى أوجب الاختلاف هاهنا بينهما قلنا بلى و لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق و العيب و ما ينزل منزلة الشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الأحكام. (و إن تداولته (٣) الأيدي) يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع تداولته الأيدى بالبياعات (ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة) (٤) و هو جمع بائع كالحاكة جمع حائك (بعضهم على بعض) بالثمن (عنده كما في الاستحقاق) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به قال بعض أصحاب الشافعي

(١)فان قيل الخ. كذا في العناية ص٣٧ ج٦. (٢)فان قلت. الخ. كذا في العناية. (٣)تداولته الأيدى يعني أخذته هذه مرة و هذه مرة. كما في لسان العرب مادة دول ص٢٥٢ ج١١. (٤)الباعة الخ. كذا في العناية. و في لسان العرب مادة بيع ص٢٥ ج٨. البيّعان: البائع و المشترى و جمعه باعة عند كراع و نظيره عيّل و عالة و سيّد و سادة. قال ابن سيدة: و عندى أن ذلك كله انما هو جمع فاعل فأما فيعل فجمعه بالواو و النون.

عندهما يرجع الأخير على بائعه و لايرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب و قوله في الكتاب و لم يعلم المشترى يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به و لا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع.

(و عندهما) أي و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يرجع الأخير على بائعه و لا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب) فلا يرجع فيه و هذا لأن المشترى الأخير لم يصر حابساً حيث لم يبعه و لا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع الرجوع لنقصان العيب. (و قوله في الكتاب) أي قول محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و لم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به و لا يفيد على قوله) أي على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (في الصحيح لأن العلم بالإستحقاق لا يمنع الرجوع) و قيد (١) بالصحيح احترازا عما روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يرجع لأن حل الدم من وجه كالاستحقاق و من وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن و لشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لأنه إنما جعل هذا كالإستحقاق لدفع الضرر عن المشتري و قد اندفع حين علم به و اشتراه ما في شرح الطحاوي إذا كان المشتري عالماً وقت العقد و قبل القبض صار راضياً بالعيب فلا يرجع على بائعه بشيء في قولهم جميعاً. و قال فخر الاسلام الصحيح أن العلم و الجهل سواء لأنه من قبيل الاستحقاق و العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع و قال الأكمل (٢) قيل فيه نظر قلت القائل بالنظر هو الاترازي حيث قال لانا نقول سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع و هذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن و لكنه أجري مجرى الاستحقاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه و نزل منزلته لا حقيقته لأن في حقيقة الاستحقاق سواء كان عالماً بذلك أو جاهلاً قبل القبض أو بعده يبطل البيع و يرجع بجميع الثمن في قولهم جميعاً و به صرح في شرح الطحاوي و هنا لا يبطل البيع و لهذا لو أعتق المشتري قبل القتل أو القطع صح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً إلا أنه لا يرجع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بشيء إذا قتل أو قطع بعد الاعتاق بسبب كان عند البائع لأن القتل أو القطع لم يفوت المالية لعدم المالية حينئذ و عندهما يرجع بالعيب أعني نقصان عيب السرقة و نقصان كونه حلال الدم لأن الملك ينتهي و يتقرر بالاعتاق كالموت فلا يبطل الرجوع هذا آخر كلام الاترازي. و الأكمل لم يذكر كلام الاترازي بكماله فأخذ بعضه ثم قال قيل فيه نظر ثم قال و الجواب (٣) أن كونها أصح

---

(١)قيد بالصحيح الخ. كذا في العناية. (٢)قال الأكمل في العناية ص٣٨ ج٦. (٣)و الجواب أن كونها الخ. =>

قال و من باع عبداً و شرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب و إن لم يسم العيوب بعددها و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح

أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل و شهرته فلا يرد السؤال و يجوز أن يكون من حيث الدليل و قوله (١) في النظر و هذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا أنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه و إذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه و قد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجري محراه و هذا آخر كلام الأكمل. قلت جوابه لا يخلو عن خدش على ما لا يخفى و قوله في النظر و هذا عيب ممنوع غير مسلم لأن تعليله يدل على جواز القول بأنه عيب فليتأمل. (قال) أي القدوري (و من باع عبداً و شرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب) لصحة الشرط و البيع (و ان لم يسم العيوب بعددها) واصلة بما قبلها و في بعض النسخ فليس له أن يرده و إن لم يعدها إلى العيوب. قال الكاكي و هو الصحيح قوله ليس له أن يرده بعيب لصحة الشرط و البيع و قال زفر البيع صحيح و الشرط فاسد إذا كان مجهولاً و في المختلف البيع باطل و على قوله فاسد إذا عد العيوب صحة البراءة ايضاً. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) للشافعي رحمه الله تعالى فيه طريقان أشهرهما و به قال ابن سريج و ابن الوكيل و الاصطخري رحمهم الله تعالى أنه على ثلاثة أقوال أحدها أنه يبرأ و به قال علماؤنا لقوله على الصلاة و السلام المسلمون (٢) عند شروطهم. و ثانيها أنه لا يبرأ عن عيب ما و به قال أحمد (٣) رحمه الله تعالى في رواية و عنه يبرأ عما لا يعلمه

أقول لا يخفى عليك أن نزاع القائل انما هو في صحة الدليل فلا مساس لجوابه الأول فليتأمل كذا في السعدية.

(١) و قوله في النظر الخ. أقول أنت خبير بأن منع السند مما لا يجوزه أحد فقوله ممنوع خارج عن الاداب و جوابه أن المنع متوجه الى ما جعله المعترض مبنى لمنعه لا إلى سنده و بينهما فرق بقي الكلام في صحة المنع بعد اقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل. ثم أقول بقي ههنا شيء آخر و هو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينازع فيه لظهور صدق تعريفه عليه و أيضا عادة الفقهاء اعتبار الشبهين و مراعاة الجهتين و ليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي إلغاء جهة العيب و لم يقل المعترض أن حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى. كذا في السعدية. (٢) المسلمون الخ. قد مر تخريج هذا الحديث في هامش البناية ص٢٣ ج١٠. (٣) و به قال أحمد رحمه الله تعالى الخ. قال المحدث الفقيه موفق الدين ابن قدامة الحنبلي في المغني ص٢٥٨ ج٤. اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب فروى عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و قال ابراهيم و الحكم و حماد رحمهم الله تعالى لا يبرأ إلا مما سمى و قال شريح لا يبرأ إلا مما أراه أو وضع يده عليه و روى نحو ذلك عن عطاء و الحسن و اسحاق رحمهم الله تعالى لأنه مرفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط =>

....

دون ما يعلمه و ثالثها و هو الأصح. و يروى عن مالك رحمه الله تعالى أنه لا يبرأ في غير الحيوان و يبرأ في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي (١) أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما با ع عبداً من زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه بشرط البراءة فوجد زيد رضي الله تعالى عنه به عيباً فأراد رده فلم يقبله ابن عمر رضي الله تعالى عنه فترافعا إلى عثمان رضي الله تعالى عنه فقال عثمان رضي الله تعالى عنه لابن عمر رضي الله تعالى عنهما تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه فرق عثمان و زيد رضي الله تعالى عنهما بين كون العيب معلوماً و غير معلوم و الطريق الثاني و به قال ابن خيران و أبو اسحاق رحمهما الله تعالى القطع بالقول الثالث و نصه في المختصر كذا في شرح الوجيز (٢) و في الحلية (٣) لو قلنا الشرط باطل فهل يبطل البيع فيه وجهان أظهرهما أنه يبطل

=> فلا يثبت مع الجهل كالخيار و الرواية الثانية أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه و لا يبرأ من عيب علمه و يروى ذلك عن عثمان رضي الله تعالى عنه و نحوه عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه و هو قول مالك رحمه الله تعالى و قول الشافعي رحمه الله تعالى في الحيوان خاصة لما روى أن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما با ع زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه عبدا بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم فاصاب به زيد رضي الله تعالى عنه عيبا فأراد رده على ابن عمر رضي الله تعالى عنهما فلم يقبله فترافعا إلى عثمان رضي الله تعالى عنه فقال عثمان لابن عمر رضي الله تعالى عنهم تحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه فباعه ابن عمر رضي الله تعالى عنهما بألف درهم و هذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا و روى عن أحمد رحمه الله تعالى أنه اجاز البراءة من المجهول فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب. روى هذا عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما و هو قول أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى و قول الشافعي رحمه الله تعالى لما روت أم سلمة رضي الله تعالى عنها أن رجلين اختصما في مواريث درست الى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ استهما و توخيا و ليحلل كل واحد منكما صاحبه فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة و لأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح من المجهول كالعتاق و الطلاق و لا فرق بين الحيوان و غيره فما ثبت في أحدهما ثبت في الاخر و قول عثمان رضي الله تعالى عنه قد خالفه ابن عمر رضي الله تعالى عنهما و قول الصحابي المخالف لا يبقى حجة. (١) لما روى أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما الخ. و في التلخيص الحبير باب المصراة و الرد بالعيب ص ٢٤ ج٣. (١١٩٨) حديث: أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما الخ. مالك رحمه الله تعالى في المؤطا (العيب في الرقيق ص ٥٧١) عن يحيى بن سعيد عن سالم عن ابيه رضي الله تعالى عنه و لم يسم زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه و فيه أنه باعه بألف و خمسمائة درهم و صححه البيقهي و أخرجه أبو عبيد عن يزيد ابن هارون عن يحيى بن سعيد و ابن أبي شيبة عن عباد بن العوام عنه و عبدالرزاق من وجه آخر عن سالم و لم يسم أحد منهم المشترى و تعيين هذا المبهم ذكره في الحاوى للماوردي و في الشامل لابن الصباغ بغير اسناد و زاد أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما كان يقول تركت اليمين لله فعوضني الله عنها. (٢) كذا في شرح الوجيز للرافعي الشافعي ص٢٤٣ ج٤. (٥) و في الحلية الخ. و في شرح الوجيز للرافعي الشافعي ص ٢٤٤ ج٤. (التفريع) ان بطل هذا الشرط ففي العقد وجهان أحدهما يبطل كسائر الشروط الفاسدة و أظهرهما أنه يصح لاشتهار القصة المذكورة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم و عدم انكارهم و أيضا فانه شرط يؤكد العقد و يوافق ظاهر الحال و هو السلامة =>

هو يقول إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد و تمليك المجهول لا يصح و لنا أن الجهالة في الاسقاط لا تفضي إلى المنازعة و إن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة و يدخل في هذه البراءة العيب الموجود

(هو) أي الشافعي رحمه الله تعالى (يقول إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد) حتى أن رب الدين لو أبرأ المديون من دينه فرد المديون إبراءه لم يصح الإبراء و كذا لا يصلح تعليق الإبراء بأن قال أبرأتك عن العيب أو الدين إن فعلت كذا لما فيه من معنى التمليك. (و تمليك المجهول لا يصح) كبيع شاة من قطيع غنم (و لنا أن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة) و الإبراء اسقاط لا تمليك حتى يتم بلا قبول لأنه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة و يصح الإبراء بأسقطت عنك ديني و الجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة لأن الجهالة إنما أبطلت التمليكات لفوات التسليم الواجب بالعقد و هو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلا له و لهذا جاز طلاق نسائه و إعتاق عبيده و هو لا يدري عددهم. (و إن كان في ضمنه التمليك) هذا جواب عن قوله يرتد بالرد و تقريره أن ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنا و هو لا يؤثر في فساد ما قلناه لأنا بينا أن محض التمليك لا يبطل بجهالة (لعدم الحاجة إلى التسليم) لأن الساقط متلاش (فلا تكون مفسدة) كما إذا باع قفيزاً من صبرة. فإن قلت في الجامع الصغير في كتاب الهبة اذا قال من له على آخر ألف درهم اذا جآء غدا فأنت منها بريء فهو باطل فلا يصح تمليك المجهول قلت انما لم يصح التعليق فيه لأنه انما يصح في الاسقاط المحض لا في اسقاط فيه معنى التمليك فان قلت إذا قال أبرأتك يصح و إذا قال أبرأت أحد كما لا يصح فظهر الفرق بين المعلوم و المجهول قلت أبرأت أحد كما يصح أيضاً عند بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى و يجبر على التعيين. كذا في الاسرار و لئن سلمنا أنه لا يصح انما لم يصح لأن من له الحق مجهول لا لأن الحق مجهول ألا ترى إلى من قال لفلان على شيء يصح و لو قال لفلان على ألف درهم لا يصح و لا يلزم على هذا ما إذا قال لامرأتيه إحدا كن طالق لأن الطلاق بعد وقوعه يكون حقاً لله تعالى و هو معلوم و الدليل على أن الحق لله تعالى أنهما لو تراضيا على إسقاطه لا يصح. (و يدخل في هذه البراءة) إنما قال في هذه البراءة احترازاً عن البراءة التي شرطها البائع في قوله بعته على أني بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع كذا في الإيضاح و غيره (العيب الموجود) فيه وقت العقد

=> عن العيوب. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٢٥٩ ج٤. (فصل) فان قلنا لا يصح شرط البراءة من العيوب فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب و هو وجه لأصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى في الشروط الفاسدة روايتان إحداهما أنها تفسد العقد فيدخل فيها هذا البيع. اه ملخصا.

و الحادث قبل القبض في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا يدخل فيه الحادث و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأن البراءة تتناول الثابت و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة و ذلك بالبراءة عن الموجود و الحادث.

(و الحادث) (١) أي و يدخل العيب الحادث فيه (قبل القبض في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى) أي في ظاهر الرواية عنه و هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً. (و قال محمد رحمه الله تعالى لا يدخل فيه الحادث و هو قول زفر رحمه الله تعالى) و الحسن (٢) و الشافعي و مالك رحمهم الله تعالى و رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (لأن البراءة تتناول الثابت) فتنصرف إلى الموجود عند العقد فقط (و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن الغرض إلزام العقد) أي أن المقصود من البراءة إلزام العقد (بإسقاط حقه) أي حق المنشتري (عن صفة السلامة) أي سلامة المبيع (و ذلك) أي إلزام العقد يكون (بالبراءة عن الموجود و الحادث) جميعاً. و ذكر الكرخيّ في مختصره فان قال البائع أبيعك على أني بريء من كل عيب به لم يدخل في البراءة العيب الحادث في جميع الروايات عن أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و وجهه أنه لما قال به خص الموجود بالبراءة و لم يتجاوز غيره و روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لو شرط في العقد البراءة من العيوب التي تحدث فسد البيع. و في الخلاصة (٣) و لو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب و الادواء فإن تبرأ من كل داء فهو على المرض و لا يدخل فيه الكي و لا الإصبع الزائدة و لا أثر قرح قد برأ و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى الداء هو المرض الذي في الجوف من طحال أو كبد أو نحو ذلك. و في الخلاصة (٤) أيضاً رجل با ع عبداً أو جارية و قال أنا بريء من كل داء و لم يقل من كل عيب لا يبرأ عن العيوب لأن الداء يدخل في العيوب و اما العيب لا يدخل في الداء

---

(١)و الحادث. و في فتح القدير ص ٤٠ ج٦. و أورد أنه ذكر في شرح الطحاوي أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من أبي يوسف رحمه الله تعالى إدخال الحادث بلا تنصيص و هو مع التنصيص عليه يبطله. أجيب بمنع أنه اجماع بأن في الذخيرة اذا با ع بشرط البراءة من كل عيب و ما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف رحمه الله تعالى خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى و ذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال و قيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب و هو العقد مقام العيب الموجب للرد و لئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما و كم من شيء لا يثبت مقصوداً و يثبت تبعا. (٢)الحسنّ الخ. كذا في فتح القدير. (٣)الخلاصة ص ٦٩ ج٣. (٤)الخلاصة ص ٦٩ ج٣.

....

و لو قال لمشتري الجارية برئت إليك من كل عيب بعينها فإذا هي عوراء لا يبرأ و كذا لو قال (١) برئت إليك من كل عيب بيدها و هي مقطوعة اليد لأن البراءة عن عيب اليد و العين يكون حال قيام اليد و العين لا حال عدمهما. و في شرح الطحاوي و لو اختلفا في العيب في انه موجود وقت العقد أم لا فقال المشتري هو حادث فلم يدخل في البراءة و قال البائع كان موجوداً يدخل في البراءة فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا فائدة في الاختلاف لأنه لا يبرأ عنهما جميعاً عنده و إنما على قول محمد رحمه الله تعالى فعلى قوله القول قول (٢) البائع مع يمينه على العلم أنه حادث و عند زفر رحمه الله تعالى القول للمشترى.

(١)و كذا لو قال الخ. و في الهندية ص٩٥ ج٣. و كذا لو قال برئت اليك من كل عيب بيده فاذا يده مقطوعة لا يبرأ و ان كان اصبع واحدة مقطوعة أو اصبعان مقطوعتين برئ كذا في محيط السرخسيّ. و ان كان مقطوعة اصبعين فهما عيبان و لا يبرأ اذا كانت البراءة من عيب واحد باليد و ان كان الأصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف فهو عيب واحد كذا في فتاوى قاضي خان. (٢)قول البائع الخ. و في البحر ص ١١٠ ج٦. هذا اذا أطلق أما اذا ابرأه مقيدا بعيب كان عند البائع ثم اختلفا على نحو ما ذكرنا فالقول للمشتري كذا في البدائع. و في الهندية ص٩٥ ص٣. و اذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب في جارية ثم اشتراها أحد الشاهدين بغير البراءة فوجد بها عيبا كان له أن يردها و كذلك لو شهدا على البراءة من الاباق ثم اشتراها أحدهما فوجدها آبقة فله أن يردها و لو شهدا أنه برأ من اباقها ثم اشتراها أحد الشاهدين فوجدها آبقة فليس له أن يردها هكذا في المبسوط. و لو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب و الادواء و ان تبرأ من كل داء فهو على المرض و لا يدخل فيه الكيّ و الاصبع الزائدة و لا أثر قرح قد برأ كذا في فتاوى قاضي خان. و لو تبرأ من كل غائلة فالغائلة السرقة و الاباق و الفجور كذا في السراج الوهاج. و لو تبرأ من كل سن سوداء يدخل الحمراء و الخضراء كذا في فتح القدير. و لو باع عبدا و تبرأ من كل قرح به دخل تحته القروح الدامية و آثار قروح قد برئت و لا يدخل تحته آثار الكي لان الكي غير القرح كذا في المحيط. و لو أبرأ من كل آمة برأسه فاذا برأسه موضحة لا آمة لا يبرأ من الموضحة كذا في محيط السرخسيّ. رجل قال لآخر أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب و هو المختار ولا يدخل الدرك كذا في الواقعات الحسامية. رجل اشترى ثوبا فأراه البائع فيه خرقا فقال المشترى قد أبرأتك عن هذا الخرق ثم جاء المشترى بعد ذلك يريد أن يقبض الثوب من البائع فرأى الخرق فقال المشترى ليس هذا مثل ما ابرأتك منه كان ذلك شبرا و هذا ذراع كان القول في ذلك قول المشترى و كذا في زيادة بياض العين و كذا لو أبرأه عن كل عيب بها أو أبرأه عن عيوبها ثم قال المشترى هذا حدث بعد الابراء و كذلك لو قال أبرأتك عن هذا البرص ثم قال هذا غير ذلك حدث بعد الابراء كذا في فتاوى قاضي خان. و لو قال أنا بريء من كل عيب بهذا العبد الا اباقه فوجده آبقا فهو بريء عنه ولو قال الا الاباق فله الرد بالاباق كذا في المحيط. رجل باع ثوبا على أنه بريء من كل شيء به من الخرق و كانت فيه خروق قد خاطها أورقعها أو رفأها فهو بريء من ذلك وكذا لو كانت فيه خروق من حرق نار أو عفونة فهو بريء منها كذا في فتاوى قاضي خان. باع شيئا على أنه بريء من كل عيب لا يكون اقرارا بالعيب بخلاف ما لو شرط البراءة عن عيب واحد أو عن عيبين كان ذلك اقرارا بذلك العيب بيانه اذا باع =>

باب البيع الفاسد

(باب البيع الفاسد)

أي هذا باب في بيان أحكام البيع الفاسد و لقب (١) الباب بالفاسد و إن كان مشتملاً عليه

=> عبدين على أنه بريء من كل عيب بهذا العبد بعينه و سلمهما الى المشترى فاستحق احدهما و وجد المشترى بالآخر عيبا لزمه المعيب بحصته من الثمن فيقسم الثمن على العبدين و هما صحيحان لا عيب بهما فاذا عزفت حصة المستحق يرجع المشترى على البائع بحصة المستحق من الثمن و لو باع عبدين بثمن واحد على أنه بريء عن عيب واحد بهذا العبد ثم استحق احدهما فوجد بالذى بريء عن عيب واحد به عيباً فانه يقسم الثمن عليهما على قيمة المستحق صحيحا و على قيمة الآخر و به عيب واحد فاذا عرفت حصة المستحق رجع المشترى على البائع بذلك كذا في فتاوى قاضي خان. اذا باع من آخر عبدا على أن لا عيب به و لكن تبرأ اليه عن عيب واحد فاشتراه على ذلك و قبضه ثم وجد به عيبين و قد تعذر رده بسبب من الاسباب يرجع بنقصان أي العيبين شاء من قيمته معيبا بالعيب الآخر و لو اشترى عبدين على أنه بريء من كل عيب بأحدهما بنقصان أي العيبين شاء من قيمته صحيحا بخلاف ما اذا لم يقل في الابتداء لا عيب به فانه هناك يرجع بنقصان أى العيبين شآء من قيمته معيبا بالعيب الآخر و لو اشترى عبدين على أنه بريء من كل عيب بأحدهما فقبضهما وجد بأحدهما عيوبا لا يكون له أن يرده فان استحق الآخر بعد ذلك يرجع بحصته من الثمن فيقسم الثمن عليهما و هما صحيحان و لو اشتراهما على أنه بريء من ثلاث شجاج بأحدهما فوجد بأحدهما ثلاث شجاج و استحق الآخر فانه يقسم الثمن على المستحق و هو صحيح و على الآخر و هو مشجوج بثلاث شجاج كذا في المحيط. (١)لقب الباب الخ. كذا في العناية ص ٤٢ ج٦. و في البحر الرائق ص١١٢ ج٦.

باب البيع الفاسد

أخره لكونه عقداً مخالفاً للدين كما في فتح القدير. و صرح الولوالجيّ من الفصل السابع بأنه معصية يجب رفعها و سيأتي في باب الربا أن كل عقد فاسد فهو ربا. و الفاسد له معنيان: لغوي و اصطلاحي. فالأول فسد كنصر و عقد و كرم فساداً و فسوداً ضد صلح فهو فاسد و فسيد من فسدي و لم يسمع انفسد و الفساد أخذ المال ظلماً و الجدب. و المفسدة ضد المصلحة و فسده تفسيداً أفسده و تفاسدوا قطعوا أرحامهم و استفسد ضد استصلح؛ كذا في القاموس. و في المصباح: و اعلم أن الفساد إلى الحيوان أسرع منه إلى النبات و إلى النبات أسرع منه إلى الجماد لأن الرطوبة في الحيوان أكثر من الرطوبة في النبات و قد يعرض للطبيعة عارض فتعجز الحرارة بسببه عن جريانها في المجاري الطبيعية الدافعة لعوارض العفونة فتكون العفونة بالحيوان أشد تشبثاً منها بالنبات فيسرع إليه الفساد فهذه هي الحكمة في قول الفقهاء يقدم القاضي ما يتسارع إليه الفساد فيبدأ ببيع الحيوان. و يتعدى بالهمزة و التضعيف و المفسدة خلاف المصلحة و جمعها المفاسد اه. و حاصله أنه ما تغير وصفه و يمكن الانتفاع به لما في البناية: يقال فسد اللحم إذا أنتن مع بقاء الانتفاع به. و أما الثاني قالوا: هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه و لا يخفى مناسبته للمعنى اللغوي. و مرادهم من مشروعية أصله كونه مالاً متقوماً لا جوازه و صحته فإن كونه فاسداً يمنع صحته. و لقد تسمح في البناية حيث عرفه بأنه ما لا يصح وصفاً فإنه يفيد أنه يصح أصلاً و لا صحة للفاسد. و إنما أطلقوا المشروعية على الأصل نظراً إلى أنه لو خلى عن الوصف لكان مشروعاً و إلا فمع اتصافه بالوصف المنهي عنه لا يبقي مشروعاً أصلاً و المراد بالفاسد هنا ما يعم الباطل لأنهم يذكرون في هذا الباب ما يعم الباطل أيضاً فالمراد به ما لم يكن مشروعاً بوصفه أعم من أن يكون مشروعاً بأصله أو لا و البياعات =>

....

....

=> المنهي عنها ثلاثة: فاسد و باطل و مكروه تحريماً. فالفاسد بيناه و أما الباطل فله معنيان: لغوي و اصطلاحي. فالأول يقال بطل الشيء يبطل بطلاً و بطولاً و بطلاناً بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل و الجمع بواطل أو أباطيل على غير قياس كذا في المصباح و يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود أو للسوس بطل و إذا أنتن فسد كما في فتح القدير. و أما الثاني فهو ما لا يكون مشروعاً لا بأصله و لا بوصفه و حكمه عدم إفادة الحكم و هو الملك قبضه أو لا و فيه مناسبة للمعنى اللغوى لأنه بمعنى ما سقط حكمه و حكم الفاسد ما لا يفيده بمجرده بل بالقبض. و أما المكروه فهو لغة خلاف المحبوب و اصطلاحاً ما نهي عنه لمجاور كالبيع عند أذان الجمعة نهي عنه للصلاة. و عرفه في البناية بما كان مشروعاً بأصله و وصفه لكن نهى عنه لمجاور اه. و يمكن إدخاله تحت الفاسد أيضاً على إرادة الأعم و هو ما نهي عنه فيشمل الثلاثة. و الفساد بالمعنى الأعم يثبت بأسباب منها: الجهالة المفضية إلى المنازعة في المبيع أو الثمن و منه العجز عن التسليم إلا بضرر و منها الغرر و منها شرط خارج عن الشرع و منها عدم المالية أو التقوم و منها عدم الوجود و منها عدم القدرة على التسليم. و أما البيع الجائز الذي لا نهي فيه فثلاثة: نافذ لازم و نافذ ليس بلازم و موقوف. فالأول ما كان مشروعاً بأصله و وصفه و لم يتعلق به حق الغير و لا خيار فيه و الثاني ما لم يتعلق به حق الغير و فيه خيار و الموقوف ما تعلق به حق الغير و هو إما ملك الغير أو حق بالبيع لغير المالك. و حصره في الخلاصة في خمسة عشر: بيع العبد و الصبي المحجورين موقوف على إجازة المولى و الأب أو الوصي و بيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي و بيع المرهون و المستأجر. و ما في مزارعة الغير موقوف على إجازة المرتهن و المستأجر و المزارع و بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري موقوف على إجازة المشتري و قبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلاً و بيع المرتد عند الإمام و البيع برقمه و بما باع فلان و المشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس و بيع فيه خيار المجلس و بمثل ما بيع الناس و بمثل ما أخذ به فلان و بيع المال المغصوب موقوف على إقرار الغاصب أو البرهان بعد إنكاره و بيع مال الغير اه. و يمكن أن يزاد البيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام فإن الصحيح أنه موقوف فإن أسقطه قبل دخول الرابع جاز و إلا فسد كما تقدم في بابه لا يقال إنما لم يذكره للاختلاف لأنا نقول: لم يقتصر على المتفق عليه فإن في بيع المرهون و المستأجر خلافاً و يستثني مما في مزارعة الغير ما إذا باعها مالكها و البذر من قبله قبل القائه فإنه نافذ كما في البزازية. السابع عشر من الموقوف الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه فإنه موقوف فإن اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل كما في المجمع و غيره. الثامن عشر على قولهما الوكيل ببيع العبد إذا باع نصفه هو موقوف على بيع الباقي قبل الخصومة و عند الإمام نافذ كما في المجمع. التاسع عشر بيع نصيبه من مشترك بالخلط و الاخلاط موقوف على إجازة شريكه كما ذكروه في الشركة. العشرون بيع ما في تسليمه ضرر موقوف على تسليمه في المجلس كما في البزازية. الحادي و العشرون بيع المريض عيناً من أعيان ماله لبعض ورثته موقوف على إجازة الباقي و لو كان بمثل القيمة عنده. الثاني و العشرون بيع السيد عبده المأذون المديون موقوف على إجازة الغرماء. الثالث و العشرون بيع الوارث التركة المستغرقة بالدين موقوف على إجازة الغرماء ذكره الزيلعي عند قوله "و صح عتق مشتر من غاصبه بإجازة بيعه". الرابع و العشرون الوكيل إذا وكل بلا إذن و تعميم فعقد الثاني توقف على إجازة الأول كما في المجمع. الخامس و العشرون أحد الوكيلين إذا باع بحضرة صاحبه توقف على إجازته فإن إجازه جاز بخلاف ما إذا كان غائباً فإنه لا ينفذ بإجازته كما ذكره الزيلعي في الوكالة. السادس و العشرون بيع المولى إكساب =>

....

و على الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه و الباطل هو ما لا يكون صحيحاً أصلاً و وصفاً و الفاسد هو ما لا يصح وصفا و كل ما أورث خللاً في ركن البيع فهو مبطل و ما أورثه في غيره كالتسليم و التسلم الواجبين بالبيع و الانتفاع المقصود منه و الاطلاق عن شرط لا يقتضيه العقد و غير ذلك فهو مفسد. و حاصل الكلام الباطل ما لا يكون مشروعا بأصله و وصفه لانتفاء ركنه و محله يقال بطل اللحم

=> عبده المديون بعد الحجر عليه موقوف على إجازة الغرماء كما في جامع الفصولين: السابع و العشرون أحد الوصيين إذا با ع بحضرة الآخر. الثامن و العشرون أحد الناظرين إذا با ع غلة الوقف بحضرة الآخر توقف فيها على إجازة الآخر أخذاً من الوكيلين و لم أرهما الآن صريحاً. التاسع و العشرون بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل موقوف كما ذكره الزيلعيّ و الصحيح يشمل الثلاثة لأنه ما كان مشروعاً بأصله و وصفه و الموقوف كذلك و الصحة في المعاملات ترتب الآثار و في العبادات سقوط القضاء كما في الأصول. و للمشايخ طريقان؛ فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهوقسم منه و هو الحق لصدق التعريف و حكمه عليه فإنه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض و لا يضر توقفه على الإجازة كتوقف البيع الذي فيه الخيار على إسقاطه و لذا قال في المستصفي: البيع نوعان: صحيح و فاسد. و الصحيح نوعان: لازم و غير لازم اه. و لذا لم يذكر في الحاوي القدسي في التقسيم الصحيح و إنما قال المبيع أربعة أنواع نافذ و موقوف و فاسد و باطل و لا غبار على هذه العبارة. و منهم من جعله قسيماً للصحيح و عليه مشى الشارح الزيلعيّ فإنه قسمه إلى صحيح و باطل و فاسد و موقوف و قسمه في فتح القدير إلى جائز و غير جائز و هو ثلاث: باطل و فاسد و موقوف. فجعله من غير الجائز مريداً بالجائز النافذ. و في السادس من جامع الفصولين أن بيع مال الغير بغير إذن بدون تسليمه ليس بمعصية و لم أر فيما عندي من الكتب من سماه فاسداً إلا في بيع المرهون و المستأجر فقال في البدائع: من شرائطه أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع فإن كان لا ينفذ كالمرهون و المستأجر. و اختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة في بعضها أن البيع فاسد و في بعضها أن البيع موقوف و هو الصحيح إلى آخره. و قال قبله في جواب الشافعي رحمه الله تعالى في بيع الفضولي إنه غير صحيح لأنه لا يفيد حكمه و صحة التصرف عبارة عن اعتباره في حق الحكم فقال: قلنا نعلم و عندنا هذا التصرف يفيد في الجملة وهو ثبوت الملك موقوفاً على الإجازة إما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شيء من ذلك عند العقد و إنما يظهر عند الإجازة و هو تفسير التوقف عندنا ان يتوقف في الجواب في الحال أنه صحيح في حق الحكم أم لا يقطع القول به للحال و لكن يقطع القول بصحته عند الإجازة و هذا جائز كالبيع بشرط الخيار للبائع أو للمشتري اه. و إنما أكثرنا من تحرير هذا المبحث لأني قررت في المدرسة الصرغتمشية حين اقراء الهداية أن بيع الفضولي صحيح عندنا فأنكره بعض الطلبة الذين لا تحصيل لهم و ادعى فساده وهو فاسد لما علمته اه. و في المنحة على البحر قوله: (و هو الحق) ينبغي أن يستثني من ذلك بيع المكره فانه موقوف على اجازته مع أنه فاسد فقد صرح المصنفّ في الاكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد و أفاد في المنار و شروحه أنه ينعقد فاسداً لعدم الرضا الذي هو شرط النفاذ و أنه بالاجازة يصح و يزول الفساد و ظاهره أن الموقوف على الاجازة صحته لكن لينظر الفرق بينه و بين المذكورات هنا تأمل. قوله: (و لم أر فيما عندي من الكتب من سماه فاسدا) ان كان ضمير "سماه" راجعا إلى بيع مال الغير كما هو الظاهر من العبارة لا يناسبه الاستثناء اللهم إلا أن يقال أراد بمال الغير ما تعلق به حق الغير.

و إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة و الدم و الخمر و الخنزير و كذا إذا كان غير مملوك كالحر قال العبد الضعيفُ هذه فصول جمعها و فيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى، فنقول البيع بالميتة و الدم باطل و كذا بالحر لانعدام ركن البيع و هو مبادلة المال بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحد

إذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس و الفاسد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه و يثبت به الملك إذا اتصل به القبض يقال فسد اللحم إذا صار ذا نتن بحيث يمكن الانتفاع به و المكروه ما كان مشروعاً بأصله و وصفه و لكن جاوره شيء آخر منهي عنه على هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب. (و إذا كان أحد العوضين) أي المبيع و الثمن (أو كلاهما) أي أو كان كلاهما (محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة) و الميتة (١) في اللغة هو الذي مات حتف أنفه و إنما قيدنا باللغة لتخرج المخنوقة و أمثالها فإن ذلك عند من ليس له دين سماوي بمنزلة الذبيحة عندنا و لهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنفُ في التجنيس و إن كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال عندهم فعلى (٢) هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين و غيرهم. (و الدم و الخمر و الخنزير و كذا إذا كان غير مملوك كالحر) هذا كله لفظ القدوريُ في مختصره و لهذا (قال العبد الضعيفُ) أي المصنفُ (هذه فصول جمعها) أي القدوريُ (و فيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول البيع (٣) بالميتة و الدم باطل و كذا بالحر) أي و كذا البيع بالحر (لانعدام ركن البيع و هو) أي ركن البيع (مبادلة (٤) المال بالمال فإن هذه الأشياء) أي الميتة و الدم و الحر (لا تعد مالاً (٥) عند أحد) (٦) ممن

---

(١)الميتة الخ. كذا في العناية. و في لسان العرب مادة موت ص٩٢ ج٢. قال أبو عمرو: الميتة (بالفتح) مالم تدرك تذكيته اه. (٢)فعلى هذا الخ. أقول فيه بحث فان البيع بالخمر و الخنزير يقضي بصحته عند أهل الذمة فكيف تستقيم ارادة العموم و جوابه أنه ليس محرما عندهم تأمل فان فيه ما لا يخفى كذا في السعدية. (٣)البيع بالميتة و الدم الخ. أراد بالميتة ما سوى السمك و الجراد و أراد بالدم الدم المسفوح أما بيع الكبد و الطحال فانه جائز كذا في البحر ص١١٦ ج٦. و في بدائع الصنائع ص١٤١ ج٥. و لا ينعقد بيع الميتة و الدم و ذبيحة المجوسي و المرتد و المشرك و متروك التسمية عمدا عندنا و ذبيحة المجنون و الصبي الذي لا يعقل و كذا ذبيحة صيد الحرم محرما كان الذابح أو حلالا و ذبيحة المحرم من الصيد في الحل أو الحرم لأن الكل ميتة. اه ملخصا. (٤)مبادلة المال الخ. أي بطريق الاكتساب لئلا ينقض بالهبة بعوض فانه ليس ببيع مطلق حتى لا يملكه الماذون و الأب و الوصي كذا في النهاية. (٥)مالا. و في الحواشي المال ما يميل اليه الطبع و يمكن ادخاره لوقت الحاجة. (٦)عند أحد الخ. و هذا لأن صفة المالية للشيء بتمول كل الناس أو بتمول البعض إياه و القيمة انما تثبت باباحة الانتفاع به شرعا و قد تثبت صفة التقوم بدون المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها و ان أبيح =>

و البيع بالخمر و الخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع و هو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض و الباطل لا يفيد ملك التصرف و لو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ

له دين سماوي لأن الذي ليس له دين سماوي كالجماد فلا يعتبر. (و البيع (١) بالخمر و الخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع و هو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض) و هما من أعز الأموال عند أهل الذمة و في المبسوط (٢) البيع بالخمر عندنا يوجب الملك بالقبض فإن محل العقد المالية في البدلين و بتخمر العصير لا تنعدم المالية و إنما ينعدم التقوم شرعاً فإن المالية تكون بكون العين منتفعاً بها و قد أثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله ﴿و منافع للناس﴾ (٣) و يفيد الملك البيع بها إذا اتصل القبض بإذن البائع صريحاً أو دلالة بأن يقبضه المشتري عقيب البيع و الفرق بين الفصلين أعني كون البيع بالدم و الميتة باطلاً و بالخمر و الخنزير فاسداً ان الباطل لا يفيد الملك و إن اتصل به القبض و الفاسد يفيد كما ذكرنا الآن. و فائدة هذا أنه لو كان المشتري عبداً فأعتقه المشتري بعد القبض لا ينفذ في الأول و ينفذ في الثاني و لو جاء مستحق فاستحق على المشتري لا خصومة بين المستحق و بين المشتري في الأول و في الثاني يكون المشتري خصماً حتى يستمع البينة عليه لأنه ملكه. ثم إذا لم يفد الملك في الوجه الأول هل يصير المقبوض مضموناً عليه بالقبض أم لا اختلف المشايخ فيه أشار إلى بيانه المصنف بقوله (و الباطل لا يفيد ملك التصرف و لو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) أراد به الشيخ أبا نصر أحمد بن علي الطواويسي و هو استاذ شيخ الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده فإنه قال هو أمانة و ليس بمضمون و هو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى

=> الانتفاع بها شرعا لعدم تمول الناس إياه. كذا في الكفاية ص٤٣ ج٦. (١)و البيع بالخمر الخ. و في البحر ص١١٦ ج٦. و جلد الميتة كالخمر في رواية و كالميتة في أخرى. و في القاموس: الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمرة و قد تذكر و العموم أصح لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب و ما كان شرابهم إلا البسر و التمر اه. قيد بالخمر لأن بيع ما سواها من الأشربة المحرمة كالسكر و نقيع الزبيب و المنصف جائز عنده خلافا لهما. كذا في البدائع. و قيد بالخمر و الخنزير لأن بيع آلات اللهو كالبربط و الطبل و المزمار و الدف صحيح مكروه عند الامام و قالا لا ينعقد بيعها و الصحيح قوله للانتفاع بها شرعا من وجه آخر و على هذا الاختلاف بيع النرد و الشطرنج و على هذا الاختلاف الضمان على من أتلفها فعنده يضمن و عندهما لا كذا في البدائع. و لكن الفتوى في الضمان على قولهما و محله اذا كسرها غير القاضي و المحتسب أما هما فلا ضمان اتفاقا. اه. ملخصا. (٢)المبسوط للسرخسي ص٢٥ ج١٣. (٣)للناس. البقرة:٢١٩.

لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك و عند البعض يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء و قيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و الثاني قولهما كما في بيع أم الولد و المدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى و الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به و يكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه و فيه

(لأن العقد غير معتبر) لكونه باطلاً (فبقي القبض باذن المالك) فتكون أمانة (و عند البعض) أراد به شمس الأئمة السرخسيّ و هو رواية ابن سماعةّ عن محمد رحمه الله تعالى أنه (يكون مضموناً لأن لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء) فذاك مضمون فكذا هذا و المضمون بالقيمة أو بالمثل و به قال (١) الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و صورة المقبوض على سوم الشراء هو أن يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة أما إذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليثّ في العيون. (و قيل) قائله محمد بن مسلمة البلخيّ (الأول قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و الثاني قولهما) أي قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (كما في بيع أم الولد و المدبر) يعني إذ هلك عند المشتري فهو على هذا الخلاف (على ما نبينه إن شاء الله تعالى) يعني في بابه. (و الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أي بالبيع الفاسد يعني إذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه (و يكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه) أي في البيع الفاسد و الضمان بالقيمة أو بالمثل. قال (٢) مشايخ العراقّ إن المشتري شراء فاسداً يملك التصرف فيه باعتبار تسليط البائع على ذلك لا باعتبار ملك العين بدليل عدم جواز وطيء الجارية المشتراة شراء فاسداً و كذا لا يحل أكل طعام اشتراه شراء فاسداً و ذهب (٣) مشايخ بلخّ إلى أن جواز التصرف بناء على ملك العين و استدلوا بما إذا اشترى داراً بشراء فاسد و قبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لنفسه و كذا لو رد المشتري الجارية المشتراة شراء فاسداً يجب على البائع استبراؤها و لو أعتق المشتري العبد المشتري شراء فاسداً من الأب أو الوصي جاز عتقه و لو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين (و فيه) أي و في

(١)و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى. كذا في فتح القدير ص٤٤ ج٦. و في العناية قيل و عليه الفتوى. و في البحر ص١١٨ ج٦. و في القنية و في السير: إنه يضمن لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب و هو الصحيح اه. (٢)قال مشايخ العراقّ الخ. كذا في العناية و الكفاية ص٤٥ ج٦. (٣)ذهب مشايخ بلخّ الخ. و هو الأصح كذا في العناية. و الجواب عن دليل مشايخ العراقّ أن في الاشتغال بالوطي و الأكل إعراضا عن الرد كما في العناية و الكفاية.

خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و سنبينه بعد هذا إن شاء الله و كذا بيع الميتة و الدم و الحر باطل لأنها لسيت أموالاً فلا تكون محلاً للبيع و أما بيع الخمر و الخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم و الدنانير فالبيع باطل و إن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله و إن كان لا يملك عين الخمر و الخنزير و وجه الفرق أن الخمر مال و كذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غيّر متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته و ترك إعزازه و في تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له و هذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة و إنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر و فيه إعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية و وجبت قيمة الثوب دون الخمر

كون المبيع مضموناً في يد المشتري في البيع الفاسد (خلاف الشافعي رحمه الله تعالى) فعنده ليس بمضمون و به قال (١) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (و سنبينه إن شاء الله تعالى بعد هذا) أي في أول الفصل الذي يلي هذا الباب و في بعض النسخ و سنبينه بعد إن شاء الله تعالى. (و كذا بيع الميتة و الدم و الحر باطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع و أما بيع الخمر و الخنزير إن كان قوبل بالدين) أي بما يجب في الذمة (كالدراهم و الدنانير فالبيع باطل و إن كان قوبل بعين) مثل ثوب مثلاً (فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله) و هو الثوب (و إن كان لا يملك عين الخمر و الخنزير) كلمة إن واصلة بما قبلها. (و وجه الفرق) بين الصورتين (أن الخمر مال و كذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه) أي أن كل واحد منهما (غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته و ترك إعزازه و في تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له) أي في جعله مبيعاً إعزاز له و هو خلاف المأمور به و أوضح ذلك بقوله (و هذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة) إلى تحصيل الخمر أو الخنزير (لما أنها) أي أن الدراهم (تجب في الذمة و إنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً) لئلا يفضي إلى خلاف المأمور به. (بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر و فيه إعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية و وجبت قيمة الثوب دون الخمر

---

(١) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى. كذا في فتح القدير ص ٤٥ ج٦.

و كذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال و بيع أم الولد و المدبر و المكاتب فاسد و معناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه الصلاة و السلام أعتقها ولدها

و كذا إذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة) أي لكون البيع مقايضة (١)و هو بيع العرض بالعرض و العرض هو المتاع القيمي كائناً ما كان و في المجمل القيض المثل. و يجوز أن يقال على هذا إنما سمي هذا النوع من البيع مقايضة لأن العرض بمثل العرض في العينية و يقال هما قيضان أي متساويان فان قلت في هذا تغيير للعقد لأن العاقد قد جعل الخمر مبيعاً بدلالة الباقي الثوب و في هذا يصير ثمناً فيكون تغييراً قلت التغيير أهون من البطلان فلو لم يجعل كذلك يبطل مع ان المقايضة تصلح أن يكون كل واحد ثمناً و مثمناً فلا يلزم التغيير. (قال) أي القدوري (و بيع أم الولد و المدبر و المكاتب فاسد و معناه (٢) باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (أعتقها ولدها) هذا رواه ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال أعتقها ولدها رواه ابن ماجة (١)و الدارقطني و ابراهيم ابن النبي عليه الصلاة و السلام من مارية القبطية و هذا حجة

---

(١)مقايضة الخ. كذا في المغرب مادة قيض ص٢٠٢ ج٢. و في لسان العرب ص٢٢٥ ج٧. قايض الرجل مقايضة عارضه بمتاع. و هما قيضان (بفتح القاف و تشديد الياء) كما يقال بيّعان. و قايضه مقايضة اذا أعطاه سلعة و أخذ عوضها سلعة و باعه فرسا بفرسين قيضين (بفتح القاف و سكون الياء) و القيض (بفتح القاف و سكون الياء) العوض و القيض (بفتح القاف و سكون الياء) التمثيل (قال) أبو عبيد هما قيضان (بفتح القاف و سكون الياء) أي مثلان.

(٢)معناه باطل. و في البحر ص١١٨ ج٦. و أورد عليه أن البيع فيهم لو كان باطلا لسرى البطلان إلى المضموم إلى واحد و سيأتي أنه لو جمع بين قن و مدبر أو أم ولد و باعهما صفقة فانه يجوز في القن لو كانوا كالحر لم يجز فيما ضم. أجيب أنه مخصوص فجاز أن يكون بعض أفراد الباطل لضعفه لا يسرى حكمه إلى ما ضم اليه و في بعض عبارات المشايخ أن بيعهم فاسد بدليل صحة المضموم و أورد عليه بأنه لو كان فاسداً لملكو بالقبض و لم يملكوا به اتفاقا. و أجيب بأنه مخصوص فهو من قبيل الفاسد الذي لا يملك به. و الحاصل أنهم اتفقوا على أنهم لا يملكون به و على عدم البطلان في المضموم اليهم فبقى أن بيعهم باطل أو فاسد و لا بد من التخصيص لكل منهما و تخصيص كلام الهداية أولى. و فائدة القولين فيما قابلهم فباطل على ما في الهداية فلا يملك بالقبض و فاسد على قول القدوري و الايضاح فيملك به. هذا ما أفاده كلام الشارحين في هذا المحل. و في ايضاح الاصلاح أن بيع الثلاثة باطل موقوف ينقلب جائزا بالرضا في المكاتب و بالقضاء في الأخيرين لقيام المالية اهـ. و هو ضعيف لأنه لا بد في المكاتب من الرضا قبل البيع على الصحيح و نفاذ القضاء ببيع أم الولد ضعيف ففي قضاء البزازية الأظهر عدم النفاذ و صحح في فتح القدير النفاذ بقضاء القاضي. و بيع معتق البعض كالحر و ولد المدبر كهو و كذا ولد أم الولد و المكاتب كهما لدخول الولد في الكتابة كذا في السراج الوهاج. (١)رواه ابن ماجة في العتق باب امهات الأولاد ص١٨٣ =>

و سبب الحرية قد انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت

على بشر و داود رحمهما الله تعالى في تجويزهما بيعهما و لفظ الحديث يوجب الإعتاق الحقيقي لكن حمل على حق العتق. و في شرح المجمع و المجاز مراد في هذا اللفظ بالإجماع (و سبب الحرية قد انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت) انعقد التدبير سبباً في الحال على خلاف سائر التعليقات لان بعد الموت حال لبطلان الأهلية فمتى قلنا إنه ينعقد سببا بعد الموت إحتجنا إلى بقاء الاهلية و الموت ينافي الاهلية فدعت الضرورة إلى القول بانعقاد التدبير سبباً في الحال و تأخر الحكم إلى ما بعد الموت فصار طريقه طريق الوصية فان الوصية تنعقد سبباً في الحال

و الدارقطني في كتاب المكاتب ص١٣١ ج٤. قال الحافظ العلامة جمال الدلين الزيلعي في نصب الراية باب الاستيلاد ص٢٨٧ ج٣. قال عليه الصلاة و السلام: أعتقها ولدها قلت: رواه ابن ماجة في سننه في كتاب الأحكام من حديث أبي بكر النهشلي عن حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهم قال: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: أعتقها ولدها انتهى. و رواه الحاكم في المستدرك في البيوع (ص١٩ ج٢) و سكت عنه إلا أنه قال: أبي بكر بن أبي سبرة و الحديث معلول بابن أبي سبرة و حسين فانهما ضعيفان قال ابن القطان في كتابه: و قد روى بإسناد جيد قال قاسم بن اصبغ في كتابه: حدثنا محمد بن وضاح ثنا مصعب بن سعيد أبو خيثمة المصيصي ثنا عبيد الله بن عمر -هو الرقي- عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال: لما ولدت مارية إبراهيم قال رسول الله ﷺ: أعتقها ولدها انتهى. و من طريق قاسم بن أصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد و من جهة ابن عبد البر ذكره عبد الحق في أحكامه و خلط في إسناده تخليطاً بينه ابن القطان في كتابه و حرره كما ذكرناه و الله أعلم و رواه ابن عدى في الكامل بسند ابن ماجة و أعله بأبي بكر ابن أبي سبرة و قال: انه في جملة من يضع الحديث و أسند عن البخاري أنه قال فيه: منكر الحديث و عن النسائي أنه قال: متروك الحديث و إلى ابن معين أنه قال فيه: ليس بشيء و أخرجه الدارقطني أيضاً (في كتاب المكاتب ص١٣١ ج٤) عن عبد الله بن سلمة بن أسلم عن الحسين به و عبد الله هذا ضعيف عن حسين و أخرجه أيضاً عن سعيد بن زكريا المدائني عن ابن أبي سارة عن ابن أبي حسين عن عكرمة عن ابن عباس و سعيد رضي الله تعالى عنهما هذا فيه لين و و ابن أبي سارة مجهول و أخرجه أيضاً عن ابن أبي أويس عن حسين المذكور و أبو أويس فيه لين و أخرجه ابن ماجة أيضاً (في العتق باب امهات الأولاد ص١٨٣) عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهم قال: قال رسول الله ﷺ أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته انتهى. و رواه الحاكم في المستدرك و قال: حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه و قال البيهقي في المعرفة: هكذا رواه شريك و كذلك رواه أبو أويس المدني في إحدى الروايتين عنه و رواه أبو بكر بن أبي سبرة عن حسين بإسناده أن النبي ﷺ قال في أم إبراهيم حين ولدته: أعتقها ولدها و كذلك رواه أبو أويس عن حسين إلا أنه أرسله و روى عن ابن أبي حسين عن عكرمة عن ابن عباس و لم يثبت فيه شيء و قد روى سفيان الثوري عن أبيه عن عكرمة عن عمر أنه قال في أم الولد: أعتقها ولدها و إن كان سقطاً و بمعناه رواه ابن عيينة عن الحكم بن أبان عن عكرمة عن عمر: و رواه خصيف الجزري عن عكرمة عن ابن عباس عن عمر رضي الله تعالى عنهم فعاد الحديث إلى قول عمر =>

و المكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى. و لو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز و لو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان و الأظهر الجواز و المراد المدبر المطلق

للخلافة بعد الموت و إذا ثبت القول بانعقاده سبباً في الحال إمتنع البيع كذا في الإيضاح (و المكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى) بدليل أن المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضاء المكاتب إنما قال لازمة في حق المولى لأنه غير لازمة في حق المكاتب بقدرته على فسخ الكتابة (و لو ثبت الملك بالبيع) أى بيع المكاتب (لبطل ذلك كله) أي لبطل إستحقاق اليد اللازمة (فلا يجوز) و قال الاترازي قوله لبطل ذلك كله أي لو صح بيع هؤلاء لبطل ما قلنا من المعاني و هي استحقاق أم الولد العتق و انعقاد سبب الحرية للمدبر في الحال و استحقاق المكاتب يداً على نفسه لازمة في حق المولى فلم يجز بيعهم لئلا تبطل هذه المعاني إنتهى كلامه و لهذا لو حلف لا يبيع فباع هؤلاء لا يحنث ذكره في جامع المحبوبي (و لو (١) رضي المكاتب بالبيع) أي ببيع نفسه (ففيه) أي في جوازه (روايتان و الأظهر الجواز) لأن عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه برضاه إنفسخت الكتابة و جاز البيع. و روي في النوادر أنه لا يجوز و للشافعي رحمه الله تعالى (٢) في بيع المكاتب قولان أصحهما أنه لا يجوز و به قال مالك رحمه الله تعالى و قال في القديم يجوز (و المراد المدبر) أي المدبر الذى لا يجوز بيعه هو (المطلق) و هو الذي علق عتقه بالموت من غير تعرض لصفة

=> و هو الأصل في ذلك و أحسن شيء روى فيه عن النبي ﷺ ما أخرجه أبو داود في سننه (في العتق باب في عتق امهات الأولاد ص١٩٤ ج٢) عن محمد بن إسحاق عن خطاب بن صالح مولى الأنصار عن أمه عن سلامة بنت معقل. امرأة من خارجة قيس عيلان. قالت: قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو أخي أبي اليسر ابن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته: الآن و الله تباعين في دينه فأتيت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إني امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو أخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فقالت امرأته: الآن و الله تباعين في دينه فقال رسول الله ﷺ: من وليّ الحباب؟ قيل: أخوه أبو اليسر بن عمرو فبعث إليه فقال: اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم عليّ فأتوني أعوضكم منها قالت: فأعتقوني و قدم على رسول الله ﷺ رقيق فعوضهم مني غلاما انتهى كلامه. (١) و لو رضي الخ. و في البحر ص١١٧ ج٦. و لو بيع المكاتب بغير رضاه فأجاز بيعه لا ينفذ في الصحيح من الرواية و عليه عامة المشايخ رحمهم الله تعالى كذا في الخانية. (٢) و للشافعي رحمه الله تعالى الخ. قال العلامة النووي الشافعيّ في شرح المهذب ص٢٤٧ ج٩. (فرع) في مذاهبهم في بيع رقبة المكاتب. قد ذكرنا أن الأصح في مذهبنا بطلانه و به قال ربيعة و أبو حنيفة و مالك رحمهم الله تعالى و هو قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و قال عطاء و النخعي و أحمد رحمهم الله تعالى يجوز بيعه و هو رواية عن مالك رحمه الله تعالى.

دون المقيد و في المطلق خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و قد ذكرناه في العتاق

كقوله أنت حر بعد موتي أو إن مت فأنت حر (دون المقيد) أي دون المدبر المقيد مثل قوله إذا قدمت من سفري هذا فأنت حر و إن مت من مرضي هذا فأنت حر و يباع المدبر المقيد بالاجماع. و روى الكرخيّ عن زيد بن ثابت و ابن عمر رضي الله تعالى عنهما و شريح و سعيد بن المسيب و الشعبي و ابراهيم و عطاء و ابن سيرين رحمهم الله تعالى أنهم قالوا لا يباع المدبر إلا في نفسه و هو قول أصحابنا و سفيان الثوري و مالك رحمهم الله تعالى(و في المطلق)أي في المدبر المطلق (خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و قد ذكرناه في العتاق) و عند الشافعي و أحمد و إسحاق رحمهم الله تعالى يجوز بيع المدبر لما روي(١)أن رسول الله ﷺ باع المدبر و جوابه ما رواه

(١)لما روي الخ. هذا حديث جابر رضي الله تعالى عنه أخرجه البخاريّ في البيوع باب بيع المدبر ص٢٩٧ ج١ و النسائيّ فيه بيع المدبر ص ٢٢٩ ج٢ و ابن ماجةّ في العتق باب المدبر ص١٨٣ و عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه أن رجلا اعتق غلاما له عن دبر فاحتاج فأخذه النبي ﷺ فقال من يشتريه مني فاشتراه نعيم بن عبد الله رضي الله تعالى عنه بكذا و كذا فدفعه اليه رواه البخاريّ في البيوع باب بيع المزايدة ص٢٨٧ ج١ و مسلمّ في الأيمان باب جواز بيع المدبر ص ٥٤ ج٢ و ابوداودّ في العتق باب في بيع المدبر ص١٩٥ ج٢ و النسائي في البيوع بيع المدبر ص٢٢٩ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء في بيع المدبر ص١٤٦ ج١ و ابن ماجة في العتق باب المدبر ص١٨٣. و قال الفقيه الحافظ العيني في عمدة القارى باب بيع المزايدة ص٦٢ ج١١. و لما روى الترمذيّ حديث جابر رضي الله تعالى عنه قال و العمل على هذا الحديث عند بعض اهل العلم من اصحاب النبي ﷺ و غيرهم لم يروا ببيع المدبر باسا و هو قول الشافعي و أحمد و اسحاق رحمهم الله تعالى و كره قوم من اهل العلم من اصحاب النبي ﷺ بيع المدبر و هو قول سفيان الثورى و مالك و الاوزاعي. و في التلويح اختلف العلماء هل المدبر يباع ام لا. فذهب ابو حنيفة و مالك و جماعة من اهل الكوفة رحمهم الله تعالى الى انه ليس للسيد ان يبيع مدبره و اجازه الشافعي و احمد و ابو ثور و اسحاق و اهل الظاهر رحمهم الله تعالى و هو قول عائشة و مجاهد و الحسن و طاوس و كرهه ابن عمر و زيد بن ثابت و محمد بن سيرين و ابن المسيب و الزهرى و الشعبي و النخعي و ابن ابى ليلى و الليث بن سعد رحمهم الله تعالى و عن الاوزاعي لا يباع الا من رجل يريد عتقه و جوز احمد بيعه بشرط ان يكون على السيد دين و عن مالك يجوز بيعه عند الموت و لا يجوز في حال الحياة و كذا ذكره ابن الجوزى عنه و حكى مالك اجماع اهل المدينة على بيع المدبر أو هبته. و عند أئمتنا الحنفية المدبر على نوعين مدبر مطلق نحو ما إذا قال لعبده اذا مت فانت حر أو انت حر يوم اموت او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او دبرتك فحكم هذا انه لا يباع و لا يوهب و يستخدم و يؤجر و توطؤ المدبرة و تنكح و بموت المولى يعتق المدبر من ثلث ماله و يسعى في ثلثيه اي ثلثي قيمته ان كان المولى فقيرا و لم يكن له مال غيره و يسعى في كل قيمته لو كان مديونا بدين مستغرق جميع ماله. النوع الثاني مدبر مقيد نحو قوله ان مت من مرضى هذا او سفرى هذا فانت حر او قال ان مت الى عشر سنين او بعد موت فلان و يعتق ان وجد الشرط و الا فيجوز بيعه. و احتجوا في عدم جواز بيع المدبر المطلق بما رواه الدارقطني (في كتاب المكاتب ص١٣٨ ج٤) من رواية عبيدة بن حسان رضي الله تعالى عنهما عن ايوب عن نافع =>

قال و إن ماتت أم الولد و المدبر فى يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا عليه قيمتهما و هو رواية عنه لهما أنه

محمد بن الحسن رحمه الله تعالى فى الأصل عن أبى جعفر رحمه الله تعالى أن رسول الله ﷺ إنما با ع خدمة المدبر و لم يبع رقبته أو يقال المراد منه المدبر المقيد. (قال و إن ماتت أم الولد و المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) صورة المسألة في الجامع الضغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيمن با ع أم ولده أو مدبرة له فماتت في يد المشتري قال لا ضمان عليه. (و قالا) أي أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (عليه) أي على المشتري(قيمتهما و هو رواية عنه)أي قولهما رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هذا هو المعلوم من ظاهر كلام المصنفؒ و قال (١) الأكملؒ هذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر روى المعلىؒ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب و أما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنها لا تضمن بالبيع و الغصب لأنها لا تقوم لما ليتها قلت هذا من كلام السغناقيؒ نقله الأكمل و قال الأترازيؒ قال بعضهم في شرحه فالروايتان عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى حق المدبر إلى آخر ما ذكره الأكملؒ و أراد الأترازيؒ بقوله قال بعضهم السغناقيؒ (لهما) أي لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أي أن كل واحد

=> عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ المدبر لا يبا ع و لا يوهب و هو حر من الثلث فان قلت قال الدارقطنى لم يسنده غير عبيدة بن حسان و هو ضعيف و انما هو عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه من قوله. و روى الدارقطنى (فى كتاب المكاتب ص١٣٨ ج٤) ايضا عن على بن ظبيان حدثنا عبيدالله بن عمر رضي الله تعالى عنه عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه مرفوعا و غير ابن ظبيان يرويه موقوفا و على بن ظبيان ضعيف قلت احتج بهذا الحديث الكرخى و الطحاوى و الرازى و غيرهم و هم اساطين فى الحديث. و قال ابو الوليد الباجى ان عمر رضي الله تعالى عنه رد بيع المدبرة فى ملأ خير القرون و هم حضور متوافرون و هو اجماع منهم ان بيع المدبر لا يجوز و الجواب عن حديث جابر من وجوه. الاول قال ابن بطال لا حجة فيه لان فى الحديث ان سيده كان عليه دين فثبت ان بيعه كان لذلك. الثانى انها قضية عين تحتمل التأويل و تأوله بعض المالكية على انه لم يكن له مال غيره فرد تصرفه. الثالث انه يحتمل انه با ع منفعته بان آجره و الاجارة تسمى بيعا بلغة اهل اليمن لان فيها بيع المنفعة و يؤيده ما ذكره ابن حزم فقال و روى عن ابى جعفر محمد بن على عن النبى ﷺ مرسلا انه با ع خدمة المدبر و قال ابن سيرين لا بأس ببيع خدمة المدبر و كذا قاله ابن المسيب و ذكر ابو الوليد عن جابر انه عليه الصلاة و السلام با ع خدمة المدبر. الرابع ان سيد المدبر الذى باعه النبى ﷺ كان سفيها فلهذا تولى النبى ﷺ بيعه بنفسه و بيع المدبر عند من يجوزه لا يفتقر فيه الى بيع الامام. الخامس يحتمل انه باعه فى وقت كان يبا ع الحر المديون كما روى انه ﷺ با ع حرا بدينه ثم نسخ بقوله تعالى (و ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة).

(١)قال الأكملؒ فى العناية ص٤٧ ج٦

مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال و هذا لأن المدبر و أم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما فى البيع بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق فى حقه القبض و هذا الضمان بالقبض و له أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته فى محل يقبل الحقيقة و هما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب و ليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما. و إنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده و إنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه كذا هذا

من المدبر و أم الولد (مقبوض بجهة البيع) لأنهما يدخلان تحت العقد و ما هو كذلك (فيكون مضموناً عليه) بالقيمة (كسائر الأموال) المقبوضة على سوم الشراء (و هذا) إشارة إلى كونهما مقبوضين بجهة البيع (لأن المدبر و أم الولد يدخلان تحت البيع) و أوضح ذلك بقوله (حتى يملك ما يضم إليهما فى البيع) بأن جمع بين قن و بين أحدهما و سمى الثمن صح البيع فى القن بحصته من الثمن (بخلاف المكاتب) جواب (١) عما يقال لو كان الدخول تحت البيع و تملك ما يضم إليه موجبين للضمان لكان فى المكاتب كذلك و تقرير الجواب أن المكاتب يخالفه (لأنه فى يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض و هذا الضمان بالقبض)أي و تحقيقه أن المدار هو القبض لا الدخول فى العقد و تملك المضموم. (و له) أي لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته) أي بحقيقة البيع (في محل يقبل الحقيقة) أي حقيقة حكم البيع و هو الملك (و هما) أي أم الولد و المدبر (لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب) في كونه غير قابل للحقيقة أي لحقيقة البيع و هو الملك (و ليس دخولهما فى البيع) هذا (٢) جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع و تقريره أنه ليس دخول أم الولد و المدبر فى البيع (فى حق أنفسهما) لذاتهما بل ليفيد حكم البيع في المضموم إليهما و هو معنى قوله. (و إنما ذلك) أي دخولهما فى البيع (ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده) يعنى لو اشترى مال نفسه لا يجوز (و إنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه) أي فيما ضمه البائع إلى مال المشترى بأن باع عبده مع عبد المشتري فاشتراهما المشتري دخل فى البيع ليفيد الحكم في مال البائع حتى انقسم الثمن عليهما فصح البيع فى مال البائع بحصته من الثمن. (كذا هذا) أي كذلك الحكم فيما نحن فيه يعني يثبت حكم الدخول في البيع في حق المضموم إليه و هو القن لا في حكم أم الولد و المدبر ثم اعلم (٣) أن قيمة المدبر ما فيه اختلاف المشايخ. قال في الفتاوى الصغرى قال بعضهم

(١)جواب الخ. نحوه في العناية.(٢)هذا جواب الخ. نحوه فى العناية.(٣)ثم اعلم الخ. و فى البحر ص ١١٩ ج٦.=>

قال و لا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه

تمام قيمة القن و هذا غير سديد فإنه ذكر في المسألة يضمن ما نقصه التدبير و ذكر الإمام علي السعديّ في فوائده قيمته ثلثا قيمة القن و ذكر خواهرزادةّ قال بعضهم نصف قيمة القن و هكذا في فتاوى أبي الليثّ و به يفتي و بعضهم قالوا قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحر و القن و ما قال خواهر زادةّ هو الأصح و عليه الفتوى إلى ها هنا كلام الفتاوى الصغرى. (قال) أي القدوريّ (و لا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه) و لا خلاف (١) فيه

=> و قدمنا في العتاق أن قيمة المدبر نصف قيمته لو كان قنا و به يفتي و أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة فاذا احتيج إلى تقويمهما باعتبار المضموم إليهما فالأمر على ما ذكرنا و في السراج الوهاج هنا أن قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على الأصح و عليه الفتوى. اعلم أن أم الولد تخالف المدبر في ثلاثة عشر حكما لا تضمن بالغصب و لا بالاعتاق و لا بالبيع و لا تسعى لغريم و تعتق من جميع المال واذا استولد أم ولد مشتركة لم يتملك نصيب شريكه و قيمتها الثلث و لا ينفذ القضاء بجواز بيعها و عليها العدة بموت السيد أو اعتاقه و يثبت نسب ولدها بلا دعوة و لا يصح تدبيرها و يصح استيلاد المدبرة و لا يملك الحربي بيع أم ولده و يملك بيع مدبره و صح استيلاد جارية ولده و لا يصح تدبيرها كذا في التلقيح. (١)لا خلاف فيه الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٢٧٢ ج٤. قال (و لا يجوز بيع السمك في الآجام) هذا قول اكثر أهل العلم روى عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أنه نهى عنه و قال انه غرر و كره ذلك الحسن و النخعي و مالك و أبو حنيفة و الشافعي و أبو يوسف و أبو ثور رحمهم الله تعالى. انتهى. و الدليل حديث حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه أنه قال يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك رواه أبو داودّ في البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ص١٣٩ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء في كراهية بيع ما ليس عنده ص١٤٨ ج١ و النسائيّ فيه بيع ما ليس عند البائع ص٢٢٤ ج٢ و ابن ماجةّ في التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك ص١٥٩ و حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه عند أبي داود و الترمذي و صححه و النسائي و ابن ماجة رحمهم الله تعالى في الأبواب المذكورة قال قال رسول الله ﷺ لا يحل سلف و بيع و لا شرطان في بيع و لا ربح ما لم يضمن و لا بيع ما ليس عندك و حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر رواه مسلمّ في البيوع باب بطلان بيع الحصاة و البيع الذي فيه غرر ص٢ ج٢ و أبوداودّ فيه باب في بيع الغرر ص١٢٣ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء في كراهية بيع الغرر ص١٤٧ ج١ و النسائيّ فيه بيع الحصاة ص٢١٦ ج٢ و ابن ماجةّ في التجارات باب النهي عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر ص١٥٩ و حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال لا تشتروا السمك في المآء فانه غرر رواه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده ص...... ج...... قال الشيخ الشوكانيّ في نيل الأوطار ص١٦٧ ج٥ حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في اسناده يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه. قال البيهقيّ فيه ارسال بين المسيب و عبد الله و الصحيح وقفه و قال الدارقطنيّ في العلل اختلف فيه و الموقوف أصح. و كذلك قال الخطيب و ابن الجوزي رحمهما الله تعالى. و قد روى أبوبكر بن أبي عاصم عن عمران بن حصين رضي الله تعالى عنه حديثا مرفوعا و فيه النهي عن بيع السمك في المآء فهو شاهد لهذا انتهى. و قال الشيخ العثمانيّ في اعلاء السنن ص١٢٢ ج١٤. أقول و روى هذا =>

و لا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم و معناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها و لو كان يؤخذ من غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها و لم يسد عليها المدخل لعدم الملك

بين الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى (و لا في حظيرة) أي و لا يجوز بيعه أيضاً في حظيرة (١) كالحوض و البركة (إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم) و في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى قال فيمن با ع سمكة في حظيرة و لا يستطعن أن يخرجن منها غير أنهن لا يؤخذن بغير صيد فالبيع فاسد و إن كن يؤخذن بغير صيد فالبيع جائز و المشتري بالخيار إذا رآهن. قال فخر الإسلامؒ معنى المسألة إذا كان البائع أخذها ثم ألقاها في حظيرة ماء فكانت ملكاً له و إليه أشار المصنفؒ بقوله (و معناه إذا أخذه) أي السمك (ثم ألقاه فيها) أي في الحظيرة. (و لو كان يؤخذ من غير حيلة جاز) و قال الفقيه أبو الليثؒ في شرح الجامع الصغير ذكر محمد بن الحسنؒ في المسائل الرقيات لو أن رجلاً اتخذ حظيرة في أرضه فدخل فيه السمك و اجتمع فقد ملك السمك و ليس لأحد أن يأخذه و لو اتخذ لحاجة أخرى فمن اتخذ السمك فهو له. قال و كذلك الرجل حفر في أرضه حفيرة فوقع فيها صيد فإن كان اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له و ليس لأحد أخذه و ان لم يتخذه للصيد فهو لمن أخذه (إلا إذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعني لا يجوز بيع السمك إذا اجتمعت (فيها) أي في الحظيرة (بأنفسها) من غير اصطياد لها فإذا اجتمعت فيها باحتيال يجوز بيعها إذا كانت تؤخذ بغير صيد (و لم يسد عليها المدخل) أي موضع دخول الماء و قيد به لأنه لو سد موضع الدخول حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار أخذا له بمنزلة ما لو وقع في شبكة فيجوز بيعه و إن لم يفعل ذلك لم يجز بيعه (لعدم (٢) الملك) و صحة البيع بناء على صحة الملك. و قال الأكملؒ (٣) هذا الاستثناء منقطع لكونه غير مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة و المجتمع فيه بنفسه ليس

=> ابن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنهما أيضا موقوفا و هو شاهد آخر. (١)حظيرة الخ. و في القاموس الحظيرة جرين التمر و المحيط بالشيء خشبا و قصبا اه كذا في البحر ص١١٩ ج٦. (٢)لعدم الملك. و في البحر ص ١١٩ ج٦. و الحاصل أن عدم جواز بيع السمك قبل أخذه لعدم ملكه له فان أخذه ثم ألقاه في حظيرة كبيرة فعدم جوازه لكونه غير مقدور التسليم فان سلمه بعد ذلك فكالروايتين في بيع الآبق اذا سلمه و ان كانت صغيرة جاز و له خيار الرؤية بعد التسليم و لا اعتبار برؤيته في المآء و اذا دخل السمك الحظيرة باحتياله ملكه و كان له بيعه على التفصيل و قيل لا مطلقا لعدم الاحراز و الخلاف فيما اذا لم يهيئها له فان هيأها له ملكه اجماعا فإن اجتمع بغير صنعه لم يملكه سواء أمكنه أخذه من غير حيلة أو لا. (٣)قال الأكملؒ في العناية ص ٤٩ ج٦.

قال و لا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الأخذ و كذا لو أرسله من يده لانه غير مقدور التسليم. و لا بيع الحمل و لا النتاج

بداخل فيه و فيه إشارة إلى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كما لو باض الطير في أرض إنسان أو فرخت فإنه لا يملك لعدم الإحراز و لا يشكل بما إذا عسل النحل في أرضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرزه أو يهيء له موضعاً لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير و فرخها و السمك المجتمع بنفسه فانها ليست على وجه القرار. و في الحلية (١) و حكي عن عمر بن عبد العزيز و ابن أبي ليلىؒ جاز بيع السمك في بركة عظيمة و ان احتيج إلى مؤنة كثيرة وحكى أبو العباس هذا قول للشافعي رحمه الله تعالى. (قال) أي القدوريؒ (و لا بيع الطير (٢) في الهواء) (٣) و في بعض النسخ و لا يجوز بيع الطير في الهواء (لأنه غير مملوك قبل الأخذ و كذا لو أرسله من يده) أي و لو كان الطير لأحد و أرسله من يده و انفلت منه فلا يجوز أيضاً و علل الصورة بقوله (لأنه (٤) غير مقدور التسليم) و الحاصل (٥) أن بيع الطير على ثلاثة أوجه الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده و الثاني بيعه بعد أن أخذه و أرسله من يده و الثالث بيع طير يذهب و يجيء كالحمام فالكل لا يجوز. و ذكر في فتاوى قاضي خان و إن باع طيراً له يطير في الهواء ان كان داجنا يعود إلى بيته و يقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه و إلا فلا و قال الاترازيؒ و اختار صاحب الهداية هذا حيث قال بعد ورقة تقريبا و الحمام إذا علم عودها و أمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم. (و لا بيع (٦) الحمل) أي الجنين (و لا النتاج) أي و لا بيع

(١)و في الحلية الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبليؒ ص٢٧٢ ج٤ و روى عن عمر بن عبد العزيز و ابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى فيمن له أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه. (٢)الطير. و في البحر ص ١٢١ ج٦. و في القاموس الطير جمع طائر و قد يقع على الواحد و الجمع طيور (بالضم) و أطيار و الطيران محركة حركة ذى الجناح في الهواء بجناحه اه. و الأكثر فيها التأنيث و قد تذكر كذا في المصباح. (٣)الهواء. و في البحر ص ١٢١ ج٦. الهواء ممدودا المسخر بين السمآء و الأرض و الجمع أهوية و الهواء أيضا الشيء الخالي. و الهوا مقصورا ميل النفس و انحرافها الشيء ثم استعمل في ميل مذموم يقال اتبع هواه و هو من أهل الأهواء كذا في المصباح. (٤)لأنه غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخؒ و على قول الكرخيؒ يعود و كذا عن الطحاويؒ و كذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا لأن العين المجعولة ثمنا مبيع في حق صاحبه كذا في فتح القدير ص ٥٠ ج٦. (٥)و الحاصل الخ. نحوه في العناية. (٥)و لا بيع الحمل. و في شرح المهذب ص٣٢٣ ج٨. أجمع العلماء على بطلان بيع الجنين و على بطلان بيع ما في أصلاب الفحول نقل الاجماع فيهما ابن المنذر و الماوردى و غيرهما رحمهم الله تعالى.

لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الحبل و حبل الحبلة

النتاج (١) و هو حبل الحبلة (لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الحبل و حبل الحبلة) هذا غريب بهذه اللفظة و فيه أحاديث روى عبد الرزاق (٢) في مصنفه أخبرنا محمود و ابن عيينة عن أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما عن النبي ﷺ أنه نهى عن المضامين و الملاقيح و حبل الحبلة قال و المضامين ما في أصلاب الابل و الملاقيح ما في بطونها و حبل الحبلة ولد ولد هذه الناقة. و روى (٣) الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين و الملاقيح و حبل الحبلة و رواه (٤) البزار مرفوعاً نحوه عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه و أخرج (٥) الستة رحمهم الله تعالى من حديث نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة و الحبل (٦) بفتح الباء الموحدة

(١)النتاج (بكسر النون) اسم يجمع وضع الغنم و البهائم كلها عن الليث. ثم سمي به المنتوج و منه ما في المختصر لا يجوز بيع الحمل و لا النتاج يعني نتاج الحمل و هو حبل الحبلة في الحديث و من قال المراد بالحمل ما في بطون النسآء و بالنتاج ما في بطون البهائم فبعيد. و قد نتج الناقة ينتجها (من باب ضرب) نتجا اذا ولّى نتاجها حتى وضعت فهو ناتج و هو للبهائم كالقابلة للنسآء و الأصل نتجها ولدا ولذا معدىّ إلى مفعولين. فاذا بنى للمفعول الأول قيل نتجت ولدا اذا وضعته و اذا بنى للمفعول الثاني قيل نتج الولد و فرس نتوج و منتج دنا نتاجها و عظم بطنها و كذا كل ذات حافر اه ملخصا و التفصيل في لسان العرب. (٢)روى عبد الرزاق في مصنفه في البيوع باب بيع الحيوان بالحيوان ص٢١ ج٨ و قال الحافظ في التلخيص ص١٢ ج٣ اسناده قوى. (٣)روى الطبراني الخ. كذا في نصب الراية ص١٠ ج٤. (٤)رواه البزار الخ. قال الحافظ في التلخيص ص١٢ ج٣. في اسناده صالح بن أبي الأخضر عن الزهري و هو ضعيف. و في نصب الراية ص١٠ ج٤. قال البزار و صالح بن أبي الأخضر ليس بالحافظ. (٥)أخرج الستة رحمهم الله تعالى الخ. البخاري في البيوع باب بيع الغرر و حبل الحبلة ص٢٨٧ ج١ و في بنيان الكعبة باب أيام الجاهلية ص٥٤٢ ج١ و مسلم في البيوع باب تحريم بيع حبل الحبلة ص٢ ج٢ و أبوداود فيه باب في بيع الغرر ص١٢٣ ج٢ و الترمذي فيه باب ما جآء في النهي عن بيع حبل الحبلة ص١٤٧ ج١ و النسائي فيه بيع حبل الحبلة ص٢٢٦ ج٢ و ابن ماجة في التجارات باب النهي عن شراء ما في بطون الانعام الخ ص١٦٠. (٦)الحبل الخ. و في عمدة القاري ص٢٦٥ ج١١. قوله حبل الحبلة بفتح الباء الموحدة فيهما و حكي النووي اسكان الباء في الأول و هو غلط و الصواب الفتح و حبل الحبلة أن تنتج الناقة ما في بطنها و ينتج الذى في بطنها فسر ذلك نافع و ذكر ابن السكيت و أبو عبيد رحمهما الله تعالى أن الحبل مختص بالآدميات و انما يقال في غيرهن الحمل قال ابن السكيت إلا في حديث نهى عن بيع حبل الحبلة و ذلك أن تكون الابل حوامل فيبيع حبل ذلك الحبل و في المحكم كل ذات ظفر حبلى و قال ابن دريد يقال لكل أنثى من الانس و غيرهم حبلت و كذا ذكره الهروى و الأخفش رحمهما الله تعالى في نوادرهما و في الجامع امرأة حبلى و سنور حبلى و حكاه في الموعب عن صاحب العين و الكسائي. و هذا يرد قول النووي اتفق اهل اللغة أن الحبل مختص بالآدميات و في الغريبين أن الحبل يراد به ما في بطون النوق ادخلت فيها الهاء للمبالغة كما تقول نكحة و سخرة و قال صاحب مجمع الغرائب ليس الهاء في الحبلة على =>

و لان فيه غرراً قال (١) و لا اللبن في الضرع

يطلق و يراد به الاسم كما يقال له الحمل أيضاً و أما دخول تاء التأنيث في الحبلة فقال أبو عبيدٌ في غريب الحديث إنما دخلت التاء عليه للاشعار بمعنى الأنوثة فيه و قيل إن الهاء فيه للمبالغة كما في سخرة. و قال شيخناً في شرح الترمذي و يحتمل أن يكون جمع حابلة فقد حكى صاحب المحكم امرأة حابلة من نسوة حبلة و روى (٢) بعض الفقهاء حبلة بكسر الباء و لم يثبت (و لأن فيه غرراً) أي و لأن في بيع الحمل و النتاج غرراً أي خطرا الذى لا يدري أيكون أم لا (٣) (و لا اللبن) يجوز بالرفع و الجر على حذف المضاف و إثباته تقديراً أي لا يجوز بيع اللبن (في الضرع) (٤) و به قال (٥) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى يجوز أياماً

=> قياس نكحة و لا مبالغة ههنا فى المعنى و لعل الهرويّ طلب لزيادة الهاء وجها فأطلق ذلك من غير تثبت و فى المغرب (ص١٨٧ ج١) حبل الحبلة مصدر حبلت المرأة و انما أدخلت التاء لاشعار الأنوثة لأن معناه أن يبيع ما سوف تحمله الجنين ان كان أنثى اه. و قال بعضهم الحبلة جمع حابل مثل ظلمة و ظالم و كتبة و كاتب و الهاء للمبالغة قلت ليس كذلك و قد قال ابن الأثيرّ (فى النهاية ص ٣٣٤ ج١) الحبل بالتحريك مصدر سمى به المحمول كما سمىَ بالحمل و انما دخلت عليه التاء للاشعار بمعنى الأنوثة فيه فالحبل الأول يراد به ما فى بطون النوق من الحمل و الثانى حبل الذى فى بطون النوق اه. و قال أبو عبيدة و أبو عبيد و أحمد و اسحاق و ابن حبيب المالكى و اكثر أهل اللغة (بيع حبل الحبلة) هو بيع ولد نتاج الدابة و المنع في هذا أنه بيع معدوم و مجهول و غير مقدور على تسليمه. انتهى ملخصا. (١)قال اي القدوريّ. (٢)و روى الخ. و فى المغرب ص١٧٨ ج١ و من روى الحبلة بكسر الباء فقد أخطأ. (٣)أم لا. و في البحر ص ١٢١ ج٦. و فى السراج الوهاج: لا يجوز بيع الحمل وحده دون الأم و لا الأم دونه فلو باع الحمل و ولدت قبل الافتراق و سلم لا يجوز. و كذا لا تجوز هبته و ان سلم إلى الموهوب له مع الأم. و لا يجوز كتابته و لو قبلت الأم عنه. و لا الكتابة عليه. و لو تزوج عليه فالتسمية باطلة و يجب مهر المثل. و لو صالح من قصاص عليه فالصلح صحيح و يسقط القصاص و التسمية فاسدة و يكون للمولى على القاتل الدية. و ان اعتق الحمل ان جآءت به بعد العتق لأقل من ستة أشهر عتق و ان كانت لستة أشهر فصاعدا لا. و تجوز الوصية به اذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية. و لو خالعها على ما فى بطن جاريتها أو ما فى بطن بهيمتها جاز و للزوج الولد اذا جآءت به لأقل من ستة أشهر و ان جآءت به لستة أشهر لا سبيل له عليها و لكن ينظر ان قالت اخلعنى على ما فى بطن جاريتى من ولد رجع عليها بالمهر و ان لم تقل من ولد فلا شيء عليها. و لو باع شاة على أنها حاملة لم يجز لأن الحمل مجهول. و لو اشترى جارية على أنها حاملة ان قصد به التبرى من العيب جاز و ان قاله على وجه الشرط لم يجز. و منهم من قال بعدم الجواز فى الوجهين اذا شرط أنها حامل بجارية أو بغلام أو بجدى أو بعناق و أما اذا لم يفسر الحمل جاز اه. (٤)الضرع. و فى لسان العرب ص ٢٢٢ ج٨. الضرع لكل ذات ظلف أو خف و ضرع الشاة و الناقة مدرّ لبنها' و الجمع ضروع (مثل فلس و فلوس). (٥)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص٢٧٦ ج٤. (فصل) و لا يجوز بيع اللبن فى الضرع و به قال الشافعي و اسحاق و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و نهى عنه ابن عباس و أبو هريرة رضى الله تعالى عنهما =>

للغرر فعساه انتفاخ و لانه ينازع في كيفية الحلب و ربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال (١) و لا الصوف على ظهر الغنم لانه من أوصاف الحيوان و لانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلى

معلومة إذا عرف قدر حلابها و يكون التسليم بالتخلية كالثمار على رؤوس الشجر. و قال الحسن البصريّ يجوز في الزمان المعروف لإمكان تسليمه و علل المصنفّ عدم جوازه بوجوه ثلاثة الأول قوله (للغرر) و قد نهى عن الغرر (فعساه انتفاخ) أي لعل الضرع منتفخ فيظن لبناً و هو الغرور. و الثاني و هو قوله (و لأنه) أي و لأن المشتري (ينازع) على صيغة المجهول (في كيفية الحلب) فإن المشتري يستقصي في الحلب و البائع ينازعه و يطالبه بأن يترك داعية اللبن. و الثالث هو قوله (و ربما يزداد) اللبن ساعة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) على وجه يتعذر تمييزه و اختلاط المبيع بغيره على هذا الوجه يبطل البيع (و لا الصوف) أي و لا يجوز بيع الصوف حال كونه (على ظهر الغنم) و به قال (٢) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و قال مالك و الليث بن سعد رحمهما الله تعالى يجوز بشرط الجز لإمكان تسليمه (لأنه من أوصاف الحيوان) جعل الصوف وصفاً لأنه تبع للحيوان فلما كان تبعاً لم يجز جعله مقصوداً بإيراد العقد عليه. (و لأنه) أي و لأن الصوف (ينبت من أسفل) بالضم على البناء لأنه أحد الجهات الست (فيختلط المبيع بغيره) لأنه يزداد ساعة فساعة (بخلاف القوائم) هذا (٣) جواب عما يقال القوائم متصلة بالشجر و جاز بيعها فأجاب بقوله بخلاف القوائم أي قوائم الخلاف (٤) (لأنها تزيد من أعلى) فلا يلزم الاختلاط

و كرهه طاوس و مجاهد رحمهما الله تعالى وحكى عن مالك رحمه الله تعالى أنه يجوز أياما معلومة اذا عرفا حلابها لسقي الصبي كلبن الظئر و أجازه الحسن وسعيد بن جبير و محمد بن مسلمة رحمهم الله تعالى و نحوه في شرح المهذب ص٣٢٦ ج٨. (١)قال اي القدوريّ. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و في شرح المهذب للنووى الشافعيّ ص٣٢٨ ج٨. (فرع) في مذاهب العلماء في بيع الصوف على ظهر الغنم. ذكرنا أن مذهبنا بطلانه و به قال جماهير العلماء نقله الرؤيانيّ في البحر عن الجمهور و حكاه ابن المنذرّ عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه و أبي حنيفة و أحمد و اسحاق و أبي ثور رحمهم الله تعالى قال و به أقول. و قال سعيد بن جبير و ربيعة و مالك و الليث بن سعد و أبو يوسف رحمهم الله تعالى يجوز بيعه بشرط أن يجز قريبا من وقت البيع. و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٢٧٦ ج٤. و اختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر فروى أنه لا يجوز بيعه و روى عنه أنه يجوز بشرط جزه في الحال. (٣)هذا جواب الخ. نحوه في العناية ص ٥٠ ج٦. (٤)الخلاف. و في البحر ص١٢٣ ج٦. و الخلاف وزان كتاب شجر الصفصاف الواحدة خلافة و نصوا على تخفيف اللام و زاد الصغانيّ و تشديد من لحن العوام. قال الدينوريّ زعموا أنه سمي خلافا لأن المآء أتى به سبيا فنبت مخالفا لأصله. و يحكى أن بعض الملوك مر بحائط فرأى شجرة الخلاف فقال لوزيره ما هذا الشجر؟ فكره الوزير أن يقول شجر الخلاف لنفور النفس عن لفظه فسماه باسم ضده فقال شجر الوفاق فأعظمه الملك لنباهته و لا يكاد يوجد في البادية. اه.

و بخلاف القصيل لانه يمكن قلعه و القطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع و قد صح أنه عليه الصلاة و السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم و عن لبن في ضرع و سمن في لبن

حتى لو ربطت خيطاً في أعلاها و تركت أياماً يبقى الخيط أسفل مما في رأسها الآن و إلا على ملك المشتري و ما وقع من الزيادة وقع في ملكه و كان الشيخ (١) الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول الصحيح عندي إن بيع قوائم الخلاف لا يجوز لأنه و إن كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول. (و بخلاف القصيل) هذا أيضاً جواب عما يقال القصيل كالصوف و جاز بيعه فأجاب بخلاف القصيل فإن بيعه يجوز (لأنه يمكن قلعه) يعني و إن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع و في الفتاوى الصغرى و بيع الكراث (٢) يجوز و إن كان ينمو من أسفله للتعامل (و القطع في الصوف متعين) يريد بهذا بيان الفرق بين بيع الصوف على ظهر الشاة و بين بيع القصيل يعني أن بيع القصيل يجوز لأن القلع فيه معتاد فلا يقع التنازع لا محالة و القطع في الصوف متعين معتاد بين الناس و القلع فيه و هو النتف ليس بمعهود بين الناس (فيقع التنازع في موضع القطع). فلا يجوز بيع الصوف على الظهر لجهالة موضع القطع (و قد صح أنه عليه الصلاة و السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم و عن لبن في ضرع و سمن في لبن) روى هذا الحديث

---

(١) و كان الشيخ الخ. و في الفوائد البهية ص١٨٤. محمد بن الفضل أبوبكر الفضلي الكمارى البخارى كان إماما كبيرا و شيخا جليلا معتمدا في الرواية مقلدا في الدراية رحل اليه أئمة البلاد و مشاهير كتب الفتاوى مشحونة بفتاواه و رواياته أخذ الفقه عن الاستاذ عبدالله السبذموني عن أبي الحفص الصغير عن أبيه عن محمد رحمهم الله تعالى و مات سنة احدى و ثمانين و ثلاثمائة. (٢) الكراث. و في لسان العرب ص١٨٠ ج٢. الكراث (بفتح الكاف و تشديد الراء) بقلة. قال ابن سيده: الكراث (بضم الكاف) و الكراث (بفتح الكاف مع تشديد الراء فيهما) الأخيرة عن كراع: ضرب من النبات ممتد أهدب اذا ترك خرج من وسطه طاقة فطارت و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: من العشب الكراث (بفتح الكاف مع تخفيف الراء) تطول قصبته الوسطى حتى تكون أطول من الرجل. و قال الكراث (بفتح الكاف مع تخفيف الراء) شجرة جبلية لها خطرة ناعمة ليّنة اذا فدغت هريقت لبنا و الناس يستمشون بلبنها قال و يؤتى بالمجذوم حتى يتوسط به منبت الكراث فيقيم فيه و يخلط له بطعامه و شرابه فلا يلبث أن يبرأ من جذامه و تذهب قوته يعني قوة الجذام. قال و قال الأزدي: لا أعرفه ينبت إلا بذي كشاء قال و يزعمون أن جنية قالت من أراد الشفاء من كل داء فعليه بنبات البرقة من ذات كشاء. و الكراث (بضم الكاف مع تشديد الراء) موضع. اه ملخصا. و في المنجد الكراث (بالضم) و الكراث (بالفتح مع تشديد الراء فيهما) الواحدة كراثة (ن): بقل خبيث الرائحة من فصيلة الزنبقيات شبيه بالثوم منه ما هو سنوي و منه ما هو معمّر يزرع في المناطق المعتدلة المناخ تؤكل سوقه مطبوخة (حساء او سلطة). مدرّ للبول. و الأندلسي أو القفلوط (ن): بقلة من فصيلة الزنبقيات صغيرة الحجم. زراعتها ضئيلة في الشرق الأوسط تصلح بصلتها تابلا و يمكن مزج أوراقها بالسلطة.

و هو حجة على أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه
قال وجذع في السقف و ذراع من ثوب

موقوفاً و مرفوعاً و مسنداً و مرسلاً فالمرفوع المسند رواه (١) الطبراني في معجمه حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تطعم و لا يباع صوف على ظهر و لا لبن في ضرع. و أخرجه (٢) الدارقطني ثم البيهقي في سننيهما عن عمر بن فروخ و قال الدارقطني و أرسله وكيع عن عمر بن فروخ ثم أخرجه عن وكيع عن عمر بن فروخ مرسلاً لم يذكر فيه ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و قال البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ و ليس بالقوى فقلت نقل (٣) الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن أبي داود و ابن معين و أبي حاتم رحمهم الله تعالى و أما المرسل (٤) فرواه أبوداود في مراسيله عن محمد بن العلا عن ابن المبارك عن عمر بن فروخ عن عكرمة عن النبي ﷺ و لم يذكر ابن عباس رضي الله تعالى عنه و لا حبيب بن الزبير. و رواه (٥) ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عن النبي ﷺ أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن (و هو حجة) أي الحديث المذكور حجة (على أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا الصوف) أي في الصوف على ظهر الغنم و انما قيد بقوله في هذا الصوف احترازاً عن الصوف المجذوذ فانه يجوز بيعه على جميع الروايات (حيث جوز بيعه فيما يروى عنه) أي حيث جوز أبو يوسف رحمه الله تعالى بيع الصوف على ظهر الغنم فيما يروى عنه من ذلك و وجهه أنه باع مالاً منتفعاً به مقدور التسليم في الحال و ذكر محمد رحمه الله تعالى في الصلح لو صالح على صوف على ظهر الغنم جاز لأنه مستباح الأخذ منه قبل الذبح فجاز بيعه و الصلح فيه كالفضل في الأرض. (قال) أي القدوري (و جذع (٦) في السقف و ذراع من ثوب) يجوز الرفع و الجر في

(١)رواه الطبراني الخ. كذا في نصب الراية ص ١١ ج٤. (٢)أخرجه الدارقطني في البيوع ص١٤ ج٣ و البيهقي فيه باب ما جآء في النهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم الخ ص ٣٤٠ ج٥. (٣)نقل الذهبي الخ. كذا في نصب الراية و نحوه في تهذيب التهذيب ص٤٨٨ ج٧. و فيه أيضا و ذكره ابن حبان في الثقات و ذكره ابن عدي في الكامل و أورد له حديثين و قال ما أظن له غيرهما إلا اليسير و لم ينقل فيه جرحا. (٤)و أما المرسل الخ. كذا في نصب الراية. و أما الموقوف على ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فرواه أبوداود في مراسيله و الشافعي رحمه الله تعالى كذا في نصب الراية ص١٢ ج٤ و رواه الدارقطني في البيوع ص١٥ ج٣ و البيقهي فيه ص ٣٤٠ ج٥. (٥)رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع (٥٦) في بيع الغرر و العبد الآبق ص١٣١ ج٦. (٦)جذع (بكسر الجيم و سكون الذال المعجمة) واحد جذوع النخلة و قيل هو ساق النخلة و الجمع أجذاع و جذوع (بالضم) و قيل لا يبين لها جذع حتى يبين ساقها. كذا في لسان العرب.

ذكرا القطع أو لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه إلا بضرر بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيضه و لو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا و للجهالة أيضاً و لو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحاً لزوال المفسد بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً و إن شقهما و أخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالاً

إعراب الجذع و الذراع على ما تقدم أي لا يجوز بيع جذع حال كونه في سقف و لا بيع ذراع من ثوب و المراد به ثوب يضره القطع كالعمامة و القميص و السراويل أما في الثوب الذي لا يضره القطع يجوز بيع ذراع منه كالكرباس (١) و يجوز بيع قفيز من صبرة كذا ذكره الامام المحبوبي و في الإيضاح و كذا لو باع حلية من سيف لأنه لا يتخلص إلا بضرر أو نصف ذرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه. و كذا لو باع ما نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه و كذا لو باع ذراعا من خشبة (ذكرا القطع أو لم يذكراه) يعني سواء ذكرا موضع القطع من الثوب أو لم يذكراه (لأنه لا يمكن تسلميه إلا بضرر) لا يقال (٢) إنه رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لأن التزامه بدون العقد غير معتبر و العقد لم يوجبه عليه (بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيضه و لو لم يكن) أي الجذع أو الذراع (معينا لا يجوز لما ذكرنا) و هو أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر. (و للجهالة أيضاً) أي و لجهالة المبيع أيضاً و لا خلاف لأحد أن جهالة المبيع يمنع الجواز (ولو قطع (٣) البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى) أى البيع (يعود) أى البيع (صحيحاً لزوال (٤) المفسد بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر) أى أو باع البزر (في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً و إن شقهما) أي التمر و البطيخ (و أخرج المبيع) و هو النوى أو البزر (لأن في وجودهما) أي في وجود النوى في التمر و البزر في البطيخ (احتمالاً) (٥) يعني

---

(١) كالكرباس. و فى فتح القدير ص ٥٢ ج٦. و قول الطحاوى فى آجر من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز ممنوع فى الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به. (٢) لا يقال الخ. كذا فى الكفاية ص ٥١ ج٦. و فى فتح القدير ص ٥٢ ج٦. يرد بيع الحباب التى لا تخرج إلا بقلع الأبواب على قول من أجاز و البعض قد منعه و أجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب و هذا يفيد أن المنظور اليه فى المنع تعيب المبيع و الكلام السابق يفيد أنه تعيب غير المبيع و هو الظاهر. (٣) و لو قطع البائع الخ. وذكر فى المجتبى فيه أقوالا فقيل لم يجبر على القبول إلا أن يقبل برضاه و قيل لم يجز إلا بتجديد البيع و قيل ينعقد تعاطيا عند أخذه و قيل ينعقد من الأصل كذا فى البحر ص ١٢٤ ج٦. (٤) لزوال المفسد و هو الضرر كذا فى العناية. (٥) احتمالا. و فى العناية ص ٥٢ ج٦. فان قيل بيع الحنطة فى سنبلها و أمثالها بيع ما فى وجوده احتمال فانه شىء مغيب فى غلافه و هو جائز. أجيب بأن جوازه ⟸

أما الجذع فعين موجود. قال و ضربة القانص و هو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول و لأن فيه غرراً

يجوز أن يكون وجودهما في زمان البيع و يجوز أن لا يكون. (أما الجذع فعين موجود) و محسوس و لا احتمال فيه و فيه إشارة إلى تمام الفرق بين البزر و النوى و الجذع المعين في السقف بأن الجذع معين موجود إذ الغرض فيه و البزر و النوى ليس كذلك. و البزر (١) بكسر الباء و فتحها بزر البقل و غيره فان قيل (٢) إذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز و لو ذبح الشاة و سلخ جلدها و سلمه لا ينقلب البيع جائزاً و إن كان الجلد عيناً موجودا كالجذع في السقف و كذا بيع كرشها و أكارعها. أجيب بأن المبيع و إن كان موجوداً فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصلياً لا أنه اعتبر عاجزاً حكماً لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد و أما الجذع فانه عين مال في نفسه و إنما يثبت الإتصال بينه و بين غيره بعارض فعل العباد و العجز عن التسليم حكمي لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع و التزم الضرر و زال المانع فيجوز. (قال) أي القدوري (و ضربة القانص) أي لا يجوز بيع ما يخرج من ضربة القانص أي الصائد بالشبكة و لا خلاف فيه لأحد و فسر المصنف ضربة القانص بقوله (و هو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول و لأن فيه غرراً) لأنه يحتمل أن يحصل شيء من الضربة و يحتمل أن لا يحصل و القانص اسم فاعل من قنص يقنص قنصا إذا صاد من ضرب يضرب و روى في تهذيب الأزهري أن النبي ﷺ نهى عن ضربة الغائص (٣)

<= باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه و على ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد إعمالاً لتصحيح لفظه و أما بزر البطيخ و نوى التمر و حب القطن فاسم المبيع و هو البزر و النوى و الحب لا ينطلق اذ لا يقال هذا بزر و نوى و حب بل يقال هذا بطيخ و تمر و قطن فلم يكن المبيع مذكورا و ما هو المذكور فليس بمبيع. (١)البزر الخ. و في لسان العرب ص٥٦ ج٤. البزر (بفتح الباء و سكون الزاء المعجمة): بزر البقل و غيره. و دهن البزر (بالفتح) و البزر (بالكسر) و بالكسر أفصح. قال ابن سيده: البزر (بالكسر) و البزر (بالفتح) كل حب يبزر للنبات. و البزور (بالضم) الحبوب الصغار مثل بزور البقل و ما أشبهها و قيل البزر (بالفتح) الحب عامة. اهـ ملخصا. (٢)فان قيل الخ. كذا في العناية ص٥٢ ج٦ و نحوه في الفتح و الكفاية. (٣)الغائص. و في لسان العرب مادة غوص٦٢ ج٧. الغوص: النزول تحت المآء و قيل: الغوص الدخول في المآء. غاص في المآء غوصا فهو غائص و غوّاص و الجمع غاصة و غواصون. الليث: و الغوص موضع يخرج منه اللؤلؤ. و الغوّاص: الذي يغوص في البحر على اللؤلؤ و الغاصة مستخرجوه و فعله الغياصة (بالكسر). قال الأزهري: يقال للذي يغوص على الأصداف في البحر فيستخرجها غائص و غوّاص و قد غاص يغوص غوصا و ذلك المكان يقال له المغاص و الغوص فعل الغائص. قال: و لم أسمع الغوص بمعنى=>

قال و بيع المزابنة و هو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصاً لأنه ﷺ نهى عن المزابنة و المحاقلة.

بالغين المعجمة و الياء و هو الغواص على اللآلي و كذلك ذكر الزمخشري في الفايق و فسر بقوله هي أن يقول للتاجر أغوص غوصة فما أخرجته من اللآلي فهو لك بكذا و هذا هو الصحيح و المعنى فيهما واحد و هو أنه بيع المجهول و أنه معدوم في الحال. (قال) أي القدوري (و بيع المزابنة) أي لا يجوز (١) بيع المزابنة. و فسر المصنف المزابنة بقوله (و هو بيع الثمر (٢) على النخيل بتمر مجذوذ) أي مقطوع (مثل كيله خوصاً) أي من حيث الخرص و هو نصب على التمييز من مثل كيله يقال خرص النخل حزر ما عليها خوصا كذا في المغرب (٣) و فسر القدوري المزابنة بقوله و هو بيع الثمر على النخل بخرصه تمراً و المزابنة (٤) لغة المدافعة من الزبن و هو الدفع و سمى هذا النوع من البيع بها لأنها تؤدى إلى النزاع و التدافع لأنها مبنية على التخمين و الغبن فيها مما يكثر فيريد المغبون دفعه و الغابن امضاءه فيتدافعان (لأنه عليه الصلاة و السلام) أي لأن النبى ﷺ (نهى عن المزابنة و المحاقلة) روى هذا عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم. و روى البخارى (٥) و مسلم رحمهما الله تعالى من حديث جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة و المحاقلة زاد مسلم في لفظ و عن الثنيا إلا

=> المغاص إلا لليث. و في الحديث: انه نهى عن ضربة الغائص هو أن يقول له أغوص فى البحر غوصة بكذا فما أخرجته فهولك. و الغوص: الهجوم على الشيء و الهاجم عليه غائص. (١)لا يجوز بيع المزابنة. و فى عمدة القارى ص ٢٩٠ ج ١١. قال ابن بطال أجمع العلماء على أنه لا يجوز بيع التمر فى رؤس النخل بالتمر لأنه مزابنة و قد نهى عنه. (٢)و هو بيع الثمر الخ. و فى البحر ص ١٢٥ ج٦. اعلم أن تعريف المزابنة بأنها بيع الثمر بالتمر خلاف التحقيق و الأولى أن يقال بيع الرطب بتمر إلى آخره لأن الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا أو غيره و اذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس و لو كان الرطب على الأرض كالتمر لم يجز بيعه متساويا عند العلماء إلا أبا حنيفة رحمه الله تعالى لما سيأتى فى باب الربا. (٣)المغرب ص ٢٥٠ ج١. و فى لسان العرب ص ٢١ ج٧. أصل الخرص (بالفتح) التظنى فيما لا تستيقنه و قد خرصت النخل و الكرم أخرصه (من باب نصر) خرصاً (بالفتح) اذا حزر ما عليها من الرطب تمرا و من العنب زبيبا و هو من الظن لأن الحزر انما هو تقدير بظن. و قيل الخرص (بالفتح) المصدر و الخرص (بالكسر) الاسم يقال كم خرص أرضك؟ و كم خرص نخلك؟ بكسر الخاء و فاعل ذلك الخارص. قال ابن شميل: الخرص بكسر الخاء الحزر مثل علمت علما قال الأزهري: هذا جائز لأن الاسم يوضع موضع المصدر. اه ملخصا. (٤)المزابنة الخ. كذا فى شرح الوجيز للرافعي الشافعي ص ٨٨ ج٩. (٥)روى البخارى ....؟ و مسلم فى البيوع باب النهى عن المحاقلة و المزابنة الخ. ص ١٠ ج٢ و أبو داود فيه باب فى المخابرة ص ١٢٧ ج٢ و الترمذى فيه باب ما جآء فى المخابرة و المعاومة ص ١٥٧ ج١ و النسائى فيه بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ص ٢١٧ ج٢ و ابن ماجة فى التجارات باب المزابنة و المحاقلة ص ١٦٥.

فالمزابنة ما ذكرنا و المحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً

أن يعلم و أخرجا (١) أيضاً من حديث أبي سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة و المحاقلة و المزابنة إشتراء الثمر في رؤوس النخل و المحاقلة كراء الأرض. و أخرج (٢) البخارىّ أيضاً من حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال نهى النبى ﷺ عن المحاقلة و المزابنة و أخرج (٣) أيضاً من حديث أنس رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة و المخاضرة و المخابرة و الملابسة و المنابذة و المزابنة. و أخرج (٤) مسلمٌ من حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ نهى عن المزابنة و المحاقلة و أخرجه الترمذىّ أيضاً عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه نحوه. ثم قال و في الباب عن ابن عمر و ابن عباس و زيد بن ثابت و سعد و جابر و رافع بن خديج و أبى سعيد رضى الله تعالى عنهم قلت حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عند الشيخين (٥) و حديث زيد رضى الله تعالى عنه عند الترمذىّ (٦) و حديث سعد رضى الله تعالى عنه عند أبى داودّ (٧) و النسائىّ و حديث رافع بن خديج رضى الله تعالى عنه عند الستةّ (٨) (فالمزابنة ما ذكرنا و المحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً) و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى (٩) المحاقلة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها من الثلث أو الربع أو غيرهما. و في الفائق (١٠) الحقل القراح من الأرض و هي الطيبة التربة الصالحة للزرع و منه حقل يحقل إذا زرع و المحاقلة مفاعلة من ذلك

---

(١)أخرجا الخ. البخارىّ فى البيوع باب بيع المزابنة ص٢٩١ ج ١ و مسلم فيه باب كراء الأرض ص١٢ ج٢. (٢)أخرج البخارىّ فى البيوع باب بيع المزابنة ص ٢٩١ ج١. (٣)أخرج يعنى البخارىّ فى البيوع باب بيع المخاضرة ص٢٩٣ ج١. (٤)أخرج مسلمٌ فى البيوع باب كراء الأرض ص١٢ ج٢ و الترمذىّ فيه باب ما جآء فى النهى عن المحاقلة و المزابنة ص١٤٧ ج١. (٥)عند الشيخينّ. البخارىّ فى البيوع باب بيع الزبيب بالزبيب الخ ص٢٩٠ ج١ و باب بيع المزابنة ص ٢٩١ ج١ و مسلمٌ فيه باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ص٩ ج٢ و النسائىّ فيه بيع الزرع بالطعام ص٢١٩ ج٢. (٦)عند الترمذىّ فى البيوع باب ما جآء فى العرايا ص١٥٦ ج١. (٧)عند أبى داودّ فى البيوع باب فى الثمر بالتمر ص١٢١ ج٢ و النسائى فيه اشتراء التمر بالرطب ص٢١٨ ج٢. (٨)عند الستةّ البخارىّ فى المساقاة باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ص٣٢٠ ج١ و مسلمٌ فى البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر الخ ص٩ ج٢ و أبو داودّ فيه باب فى التشديد فى المزارعة ص١٢٧ ج٢ و الترمذىّ فيه باب ما جآء فى العرايا الخ ص١٥٦ ج١ و النسائىّ فيه بيع الثمر بالتمر ص٢١٨ ج٢ و ابن ماجةّ فى التجارات باب المزابنة و المحاقلة ص١٦٥. (٩)قال مالكّ الخ. و فى فتح البارى ص٥٠٩ ج٤. عن مالكّ هو كراء الأرض بالحنطة أو بكيل طعام أو إدام و المشهور أن المحاقلة كراء الأرض ببعض ما تنبت. (١٠)و فى الفائق الخ. و فى لسان العرب ص١٦٠ ج١١. الحقل (بفتح الحاء و سكون القاف) قراح طيب و قيل قراح طيب يزرع فيه و حكى بعضهم فيه الحقلة. (قال) أبو عمرو: الحقل الموضع الجادس و هو الموضع البكر =>

و لأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض و كذا العنب بالزبيب على هذا و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز

و هي المزارعة بالثلث و الربع و غيرهما و قيل هي كراء الأرض بالبر و قيل بيع الطعام في سنبله بالبر و قيل بيع الزرع قبل إدراكه إلى ههنا لفظ الفائق و جاء في أمثالهم لا ينبت البقلة إلا الحقلة (و لأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص) لاحتمال الربو (كما اذا كانا موضوعين على الأرض) و باع أحدهما بالآخر خرصاً (و كذلك العنب بالزبيب) أي و كذلك لا يجوز بيع العنب بالزبيب (على هذا) أي على الحكم المذكور و هو ما إذا كانا موضوعين على الأرض فبيع أحدهما بالآخر خرصاً لاحتمال الربا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى (١) يجوز) أي

=> الذى لم يزرع فيه قط. و قال أبو عبيد: الحقل القراح من الأرض و من أمثالهم: لا ينبت البقلة إلا الحقلة. و ليست الحقلة بمعروفة. قال ابن سيده: و أراهم أنثوا الحقلة فى هذا المثل لتانيث البقلة أو عنوا بها الطائفة منه. و هو يضرب مثلا للكلمة الخسيسة تخرج من الرجل الخسيس. و الحقل: الزرع اذا استجمع خروج نباته و قيل: هو اذا ظهر ورقه و اخضرّ و قيل: هو اذا كثر ورقه و قيل: هو الزرع مادام أخضر و قد أحقل الزرع و قيل: الحقل الزرع اذا تشعّب ورقه من قبل أن تغلظ سوقه. و يقال منها كلها: أحقل الزرع و أحقلت الأرض. و فى الحديث: ما تصنعون بمحاقلكم أي مزارعكم. واحدتها محقلة من الحقل الزرع كالمبقلة من البقل. قال خالد بن جنبة: الحقل المزرعة التى يزرع فيها البر و قال شمر: الحقل الروضة. و الحاقل: الأكار. اه ملخصا. و قال ابن الأثيرّ فى النهاية ص٤١٦ ج١. المحاقلة مختلف فيها. قيل هى اكتراء الأرض بالحطنة. هكذا جآء مفسرا فى الحديث و هو الذى يسميه الزراعون: المحارثة. (و فى اللسان. المجاربة). و قيل هى المزارعة على نصيب معلوم كالثلث و الربع و نحوهما. و قيل: هى بيع الطعام فى سنبله بالبر. و قيل: بيع الزرع قبل ادراكه. (١)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. قال الفقيه الحافظ العينىّ فى عمدة القارى ص٢٩٢ ج١١. قال النووى رحمه الله تعالى العرية هى أن يخرص الخارص نخلات فيقول هذا الرطب الذى عليها اذا يبس يجيء منه ثلاثة اوسق من التمر مثلا فيعطيه صاحبه لانسان بثلاثة أوسق و يتقاصان فى المجلس فيتسلم الثمن و يتسلم بايع الرطب الرطب بالتخلية و هذا جائز فيما دون خمسة اوسق و لا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق و فى جوازه فى خمسة أوسق قولان للشافعي رحمه الله تعالى اصحهما لا يجوز و الاصح انه يجوز ذلك للفقراء و الاغنياء و انه لا يجوز في غير الرطب و العنب و به قال احمد و قال ابو عمر فجملة قول مالك و اصحابه فى العرايا ان العرية هى ان يهب الرجال حائطه خمسة اوسق فما دونها ثم يريد أن يشتريها من المعرى عند طيب الثمرة فابيح له ان يشتريها بخرصها تمرا عند الجذاذ و ان عجل له لم يجز و لا يجوز ذلك لغير المعرى لان الرخصة وردت فيه و جائز بيعها من غيره بالدنانير و الدراهم و سائر العروض و قال ايضا و لا يجوز البيع فى العرايا عند مالك و اصحابه الا لوجهين اما لدفع ضرر دخول المعرى على المعرى و اما لان يرفق المعرى فتكفيه المؤنة فيها فارخص له ان يشتريها منه بخرصها تمرا الى الجذاذ و فى الاستذكار يجوز الاعراء فى كل نوع من الثمر كان مما ييبس و يدخر ام لا و فى القثاء و الموز و البطيخ قاله ابن حبيب قبل الابار و بعده لعام او لاعوام فى جميع الحائط او بعضه =>

فيما دون خمسة أوسق لأنه ﷺ نهى عن المزابنة و رخص في العرايا و هو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق.

شراء التمر بتمر مجذوذ على الأرض خرصاً (فيما دون خمسة أوسق) و لا يجوز فيما زاد عليها قولاً واحداً و به قال أحمد رحمه الله تعالى و في قدر خمسة أوسق للشافعي رحمه الله تعالى قولان في قول يجوز و هو منقول المزني عن الشافعي رحمه الله تعالى و في قول لا يجوز و هو مختار المزني و هو مذهب أحمد رحمه الله تعالى و الأول (١) هو الأظهر عند صاحب الوجيز. (لأنه عليه الصلاة و السلام) أي لأن النبي ﷺ (نهى عن المزابنة و رخص في العرايا و هو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق) حديث المزابنة قد تقدم و حديث العرايا أخرجه (٢) البخارى و مسلم رحمهما الله تعالى عن داود بن الحصين عن أبى سفيان عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة يشك داود

=> و قال عبد الوهاب بيع العارية جائز باربعة شروط. احدها ان يزهي و هو قول جمهور الفقهاء و قال يزيد بن حبيب يجوز و قبل بدو الصلاح. و الثانى ان يكون خمسة اوسق فادنى و هو رواية المصريين عن مالك و روى عنه ابو الفرج عمرو بن محمد انه لا يجوز الا فى خمسة اوسق فان خرصت اقل من خمسة اوسق فلما جذت وجد اكثر ففى المدونة روى صدقة بن حبيب عن مالك ان الفضل لصاحب العارية و لو اقل من الخرص ضمن الخرص و لو خلطه قبل ان يكيله لم يكن عليه زيادة و لا نقص. و الثالث ان يعطيه خرصها عند الجذاذ و لا يجوز له تعجيل الخرص تمرا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى في قوله انه يجب عليه ان يعجل الخرص تمرا و لا يجوز ان يفترقا حتى يتقابضا. و الشرط الرابع ان يكون من صنعها فاذا باعها بخرصها الى الجذاذ ثم اراد تعجيل الخرص جاز قاله ابن حبيب و عن مالك فيما يصح ذلك فيه من الثمار روايتان احداهما انه لا يجوز الا فى النخل و العنب و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و الثانية انه يجوز في كل ما ييبس و يدخر من الثمار كالجوز و اللوز و التين و الزيتون و الفستق رواه احمد رحمه الله تعالى و قال اشهب فى الزيتون يجوز اذا كان ييبس و يدخر و اما النخل الذى لا يتتمر و العنب الذى لا يتزبب فعلى اشتراط التيبيس يجب ان لا يجوز. (١)و الأول الخ. كذا فى شرح الوجيز ص٣٥٧ ج٤. و فيه أيضا و الثانى أظهر عند صاحب التهذيب و القاضى الرويانى و غيرهما رحمهم الله تعالى. (٢)أخرجه البخارىّ فى المساقاة باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ص ٣٢٠ ج١ و مسلمٌ فى البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ص٩ ج٢. و أبو داودٌ فيه باب فى مقدار العرية ص١٢١ ج٢ و الترمذىّ فيه باب ما جآء فى العرايا و الرخصة فى ذلك ص١٥٦ ج١ و النسائىّ فيه بيع العرايا بالرطب ص٢١٨ ج٢ و فى الباب عن زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه قال رخص النبى ﷺ أن تباع العرايا بخرصها تمرا أخرجه البخارىّ فى المساقاة باب الرجل يكون له ممر الخ ص٣٢٠ ج١ و مسلمٌ فى البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ص٩ ج٢ و أبو داودٌ فيه باب فى بيع العرايا ص١٢١ ج٢ و الترمذىّ فيه باب ما جآء فى العرايا و الرخصة فى ذلك ص١٥٦ ج١ و النسائىّ فيه باب بيع العرايا بخرصها تمرا ص٢١٨ ج٢ و ابن ماجةّ فى التجارات باب بيع العرايا بخرصها تمرا ص١٦٥.

....

قال خمسة أو دون خمسة و العرايا جمع عرية (١) و هي النخلة التي يعريها الرجل محتاجاً أي يجعل له ثمرتها فرخص للمعري أن يبتاع ثمرتها من المعرى بثمر لموضع حاجته و سميت عرية لأنه إذا وهب ثمرتها فكأنه جردها من الثمرة و عراها منه ثم اشتق منه الاعراء كذا قاله في الفائق و الكلام في العرايا كثير و قد وضع الطحاوي لها باباً فقال باب العرايا و قد بسطت الكلام فيها في شرحنا له فأول ما قلت العرية (٢) فعيلة بمعنى مفعولة من عراه يعروه إذا قصده و يحتمل أن يكون فعيلة بمعنى فاعلة من عرى يعري إذا خلع ثوبه كأنها عريت من جملة التحريم اى حلت و خرجت منها و ذكر الطحاويّ بطرق مختلفة كلها تدل على صحة العرايا حتى قال الحطاويّ (٣) قد جاءت هذه الآثار عن رسول الله ﷺ و تواترت في الرخصة في بيع العرايا و قبلها أهل العلم جميعاً و لم يختلفوا في صحة مجيئها و تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن الرجل يكون له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا و قد كان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم إلى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين بأهله فيضر ذلك بأهل النخيل الكثير فرخص رسول الله ﷺ لصاحب النخل الكثير أن يعطي صاحب النخلة أو النخلتين خرص ماله من ذلك تمرا لينصرف هو و أهله عنه و يخلص تمر الحائط كله لصاحب النخل الكثير فيكون فيه هو و أهله و قد روى هذا القول عن مالك بن أنسٍ قلت (٤) و روى أيضاً عن الأوزاعي و سعيد بن جبير رحمهما الله تعالى و قال قوم (٥) العرية النخلة و النخلتان و الثلاث يجعل للقوم فيبيعون ثمرها بخرصها تمرا و هو قول يحيى بن سعيد الانصارى و محمد بن اسحاق و روى عن زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه و قال قوم مثل هذا إلا أنهم خصوا بذلك المساكين

(١)عرية الخ. نحوه في المغرب مادة عرو ص٥٧ ج٢. (٢)العرية الخ. كذا فى عمدة القارى ص ٢٩١ ج١١. و فيه أيضا و في التلويح العرية النخلة المعراة و هي التى وهبت ثمرة عامها و العرية أيضا التى تعزل عن المساومة عند بيع النخل و قيل هى النخلة التي قد أكل ما عليها و استعرى الناس فى كل وجه أكلوا الرطب من ذلك و فى الجامع و انت معر و فى الصحاح فيعروها الذى أعطيته أي يأتيها و هى فعيلة بمعنى مفعولة و انما أدخلت فيها الهاء لأنها افردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة و الأكيلة و لو جئت بها مع النخلة قلت نخلة عرى و قيل عراه يعروه اذا أتاه يطلب منه عرية فأعراه أى إياها كما يقال سألني فأسألته فالعرية اسم للنخلة المعطى ثمرها فهى اسم لعطية خاصة قد سمت العرب عطايا خاصة بأسماء خاصة كالمنيحة لعطية الشاة و الافقار لما ركب فقاره فعلى هذا أن العرية عطية لا بيع. (٣)قال الطحاويّ فى شرح معاني الآثار باب العرايا ص١٩٧ ج٢. (٤)قلت الخ. كذا في الهامش على شرح معاني الآثار. أقول و روى أيضا عن احمد و اسحاق رحمهما الله تعالى كذا فى عمدة القارى ص ٢٩١ ج١١. (٥)قال قوم الخ. كذا فى عمدة القارى.

....

يجعل لهم تمر النخل فيصعب عليهم القيام عليها فأبيح لهم أن يبيعوه بما شاؤوا من التمر و هذا قول سفيان بن حسين و سفيان بن عيينة رحمهما الله تعالى و قال قوم العرية الرجل يعري النخلة أو يستثني من ماله النخلة أو النخلتين يأكلها فيبيعها بمثل خرصها و هو قول عبد ربه بن سعيد الانصاريّ. و قال قوم العرية أن يأتي أوان الرطب و هناك قوم فقراء لا مال لهم يريدون إبتياع رطب يأكلونه مع الناس و لهم فضول تمر من أقواتهم فإن لهم أن يشتروا الرطب بخرصها من التمر فيما دون خمسة أوسق و هو قول الشافعي و أبي ثور رحمهما الله تعالى و لا عرية عندهما في غير النخل و العنب و قال (١) الطحاويّ و كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول فيما سمعت أحمد بن أبي عمرانّ يذكر أنه سمعه محمد بن سماعةّ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالي قال معنى ذلك عندنا أن يعرى الرجل الرجل ثمر نخلة من نخلة فلا يسلم ذلك إليه حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك و يعطيه مكانه خرصه تمرا و كان هذا التأويل أشبه و أولى مما قال مالك رحمه الله تعالى لأن العرية إنما هي العطية ألا يرى إلى الذي مدح الانصار كيف مدحهم إذ يقول:

ليست بسنهاء و لا رجبية ... و لكن عرايا في السنين الجوائح

أي إنهم كانوا يعرونها في السنين الجوائح فلو كانت العرية كما ذهب إليه مالكّ إذاً لما كانوا ممدوحين بها إذ كانوا يعطون كما يعطون و لكن العرية بخلاف ما قال قلت هذا الشعر (٢) لسويد بن الصامت من شعراء الانصار. قوله ليست بسنهاء أي ليست نخلة بسنهاء و هي التي تحمل سنة و تحول سنة فلا تحمل و ذلك عيب في النخل و الرجبية (٤) بضم الراء المهملة و فتح الجيم

---

(١)قال الطحاويّ في شرح معاني الآثار ص١٩٧ ج٢. (٢)هذا الشعر لسويد بن الصامت كذا في المغرب ص٥٨ ج٢. قال أبو عمر ابن عبد البر المالكيّ في الاستيعاب. سويد بن الصامت الأوسي لقي النبي ﷺ بسوق المجاز من مكة في حجة حجها سويد علي ما كانوا يحجون عليه في الجاهلية و ذلك في أول مبعث النبي ﷺ و دعائه إلى الله عز و جل فدعاه رسول الله ﷺ الى الاسلام فلم يرد عليه سويد شيئا و لم يظهرله قبول ما دعاه اليه و قال له لا أبعد ما جئت به ثم انصرف الى قومه بالمدينة فيزعم قومه أنه مات مسلما و هو شيخ كبير قتلته الخزرج في وقعة كانت بين الأوس و الخزرج و ذلك قبل بعاث. قال أبو عمرّ أنا شاك في اسلام سويد بن الصامت كما شك فيه غيري ممن ألف في هذا الشان قبلي و الله اعلم. و كان شاعرا محسنا كثير الحكم في شعره و كان قومه يدعونه الكامل لحكمة شعره و شرفه فيهم. (٤)الرجبية الخ. كذا في المغرب ص٥٨ ج٢. و قال المحدث محمد أيوب المظاهري السهارنفوريّ في هامشه على شرح معاني الآثار ص١٩٧ ج٢. رجبيّة نسبة الى الرجب جمع رجبة مثل ركبة يجمع على ركب و الرجبة اسم من الترجيب و هو أن تدعم الشجرة إذا كثر حملها لئلا تكسر أغصانها =>

قلنا العرية العطية لغة و تأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ و هو بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون براً مبتدأ

و كسر الباء الموحدة و تشديد الياء آخر الحروف و هي التي تبنى حولها رجبة و هي جدار أو نحوه لتعتمد عليها لثقلها أو لضعفها و الجوائح (١) جمع جائحة و هي الشدة التي يجتاح المال من سنة أو فتنة و جاح الله ماله و أجاحه و اجتاحه بمعنى واحد أي أهلكه بالجائحة. قوله أن يباع بخرصها تمراً منصوب على التمييز من بخرصها فإن قوله أن يباع مسند إلى ضمير يرجع إلى الثمر الذى على رأس النخل لأن الكلام فيه و أنث ضميره البارز في قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة و في مثله يجوز التذكير و التأنيث فكان تقديره و هو أي بيع العرايا أن يباع الثمر الذى على رأس النخل بخرصها تمراً مجذوذاً بمثله خرصاً قوله أوسق جمع وسق بفتح الواو و هو ستون صاعاً و هو ثلاثمائة و عشرون رطلا عند أهل الحجاز و أربع مائة و ثمانون رطلاً عند أهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع و المد (قلنا العرية العطية لغة) يعني العرية التي فيها الرخصة معناها في اللغة العطية دون البيع. (و تأويله) أي تأويل قوله و رخص في العرايا (أن يبيع المعرى له) أي للغرض (ما على النخيل من المعرى) بكسر الراء (بتمر مجذوذ) أي مقطوع (و هو بيع مجازاً) نظراً إلى الصورة حيث أعطى في مقابلة شيء تحرزاً عن الخلف و اتفق أن ذلك كان على خمسة أوسق فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على ذلك المقدار (لأنه لم يملكه) أي لان المعرى لم يملك التمر الذى على رؤوس النخل لانه لم يقبضه فكيف يكون بيعاً (فيكون براً مبتدأ) أي يكون اعطاء المعرى بكسر الراء التمر المجذوذ براً إبتداء لا بيعا له قال تاج الشريعةّ لانه أعطى شجرة و قال كل من ثمارها ثم يشق على المعرى دخول المعرى له في بستانه فأعطاه مثل ما على النخل ليسقط مشقة دخوله في البستان و صار كما إذا اشترى المولى من عبده شيئا فأعطاه

=> و قال ابن قتيبةً الرجبية هي التي تميل لضعفها فتدعم من تحتها. قوله و لكن العرايا استدراك من المعنى الأول أي و لكن كانوا يعرون عرايا أى عطايا. (١)الجوائح الخ. و في لسان العرب مادة جوح ص ٤٣١ ج٢. الجوحة و الجائحة: الشدة و النازلة العظيمة التى تجتاح المال من سنة أو فتنة. و كل ما استأصله: فقد جاحه و اجتاحه. و جاح الله ماله و أجاحه بمعنى أي أهلكه بالجائحة. الأزهرى عن أبى عبيد: الجائحة المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله. قال ابن شميل: أصابتهم جائحة أى سنة شديدة اجتاحت أموالهم فلم تدع لهم وجاحا (بفتح الواو و كسرها). و الوجاح: بقية الشيء من مال أو غيره. ابن الأعرابي: جاح يجوح جوحا اذا هلك مال أقربائه. و روى الأزهريّ عن الشافعي رحمه الله تعالى قال: جماع الجوائح كل ما أذهب الثمر أو بعضها من أمر سماوى بغير جناية آدمي. اه ملخصا.

قال و لا يجوز البيع بإلقاء الحجر و الملامسة و المنابذة و هذه بيوع كانت في الجاهلية و هو أن يتراوض الرجلان على سلعة

الثمن فيكون براً ابتداء لا شراء فإن قلت (١) جآء في حديث زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه الذي أخرجه الترمذيّ أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر و رخص في العرايا فدل سياق الحديث على أن المراد من العرايا بيع ثمر بتمر أجيب بأن القران في النظم لا يدل على القران في الحكم و قد يقرن الشيء بالشيء و حكمهما مختلف فإن قلت (٢) جآء في حديث جابر رضى الله تعالى عنه أخرجه المزني عن الشافعيّ عن سفيانّ عن ابن جريجّ عن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة إلا أنه رخص في العرايا و الاستثناء من البيع يدل على أن العرية هي البيع حملاً للإستثناء على الحقيقة لانه الاصل فيه أجيب بأنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة و السلام التمر بالتمر مثلا بمثل و المشهور قاض عليه فإن قلت في حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه رخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق و هذا دليل على انه بيع لانه ينفي حكم ما فوق الخمسة و لو لم يكن المراد البيع لم ينتف حكم الرخصة فوقها أجيب بأنه لا نسلم أنه ينفي ذلك لان تخصيص الشيء بالشيء لا يدل على نفي ما عداه و فائدة التخصيص في الخمسة لما أنهم كانوا يعرون في هذا القدر و لم يدل على نفي ما وراء ذلك و قد ذكرنا عن قريب أن الراوى ظن اقتصار الرخصة على ذلك. و قال الاترازيّ فإن قلت إن كان الأمر على ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى من تفسير العرايا فما فائدة الرخصة فيها حينئذ قلت فائدته ما روينا من مختصر الطحاوي و هو حصول الطيب للمعري و المعري و خروج المعرى من حكم الخلاف في الوعد و خروج المعرى من حكم من أخذ عوضاً من شيء لم يملكه. (قال) أي القدوريّ (و لا يجوز البيع بإلقاء الحجر و الملامسة) و في بعض النسخ ذكر قوله و المنابذة بعد قوله و الملامسة قلت هذا هو الأصح لأنه قال بعد ذلك (و هذه بيوع) أشار بها إلى البيع بإلقاء الحجر و الملامسة و المنابذة و كذا في نسخة شيخنا العلاء رحمه الله تعالى (كانت في الجاهلية و هو أن يتراوض الرجلان) و في المغرب (٣) المراوضة المداراة و المخاتلة كفعل الرائض بالريض و منها بيع المراوضة لبيع المواصفة عن الأزهري لأنه لا يخلو عن مداراة و مخاتلة و في الإجارات البائع و المشتري إذا تراوضا السلعة أي تداريا فيها و ترك حرف الجر فيه نظر (على سلعة) متعلق بقوله يتراوض و فسر

(١)فان قلت الخ. نحوه في العناية ص٥٣ ج٦. (٢)فان قلت الخ. نحوه في العناية. (٣)المغرب مادة روض ص٣٥٣ ج١.

أي يتساومان فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة و الثاني بيع المنابذة و الثالث إلقاء الحجر و قد نهى النبى عليه السلام عن بيع الملامسة و المنابذة.

قوله يتراوض الرجلان بقوله (أي يتساومان) من التساوم من السوم يقال سام البائع السلعة أي عرضها و ذكر ثمنها و سامها المشتري بمعنى استامها و منه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أي لا يشتري كذا في المغرب (١) (فإذا لمسها) أي السلعة (المشترى أو نبذها) أي ألقاها (إليه) أي إلى المشتري (البائع أو وضع المشترى عليها) أي على السلعة (حصاة لزم البيع). و في شرح الوجيز (٢) للملامسة ثلاث تأويلات أحدها أن يأتي بثوب مطوى أو في ظلمة فيلمسه المستام فيقول صاحب الثوب بعتك هذا بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك و لا خيار لك إذا رأيته و هو تأويل الشافعي رحمه الله تعالى في المختصر و هذا البيع باطل و الثاني أن يجعل نفس اللمس بيعاً بأن يقول البائع للمشترى إذا لمست ثوبي فهو مبيع و هذا باطل لما فيه من التعليق و الثالث أن يبيعه شيئاً على انه متى لمسه فقد وجب البيع و سقط خيار المجلس و غيره و هو فاسد أيضاً و للمنابذة ثلاث تأويلات أيضاً أحدها أن يجعل نبذ الثوب بيعا بأن يقول أنبذ ثوبي إليك و تنبذ ثوبك إليّ على أن كل واحد مبيع بالآخر و هذا تأويل الشافعي رحمه الله تعالى في المختصر و الثاني أن يقول بعتك هذا بكذا على أني إذا نبذته إليك فقد وجب البيع و الثالث أن المراد منه نبذ الحصاة و هو أن يقول بعتك ثوباً من هذه الأثواب و ارم بهذه الحصاة فعلى أيها وقعت فهو المبيع أو يقول بعتك هذا بكذا على أنك بالخيار إلى أن أرمي بهذه الحصاة أو أن يجعلا نفس الرمي بيعا فيقول البائع اذا رميت بهذه الحصاة فهذا الثوب مبيع منك بعشرة فالبيع باطل فى الكل. (فالأول بيع الملامسة و الثانى بيع المنابذة و الثالث إلقاء الحجر و قد نهى النبى ﷺ (٣) عن بيع الملامسة و المنابذة) و قد مر هذا عن قريب من حديث أنس رضى الله تعالى عنه و غيره و قال الأكملُ (٤) و عبارة الكتاب تشير إلى أن المنهى عنه بيع الملامسة و المنابذة و بيع إلقاء الحجر ملحق بهما لأنه في معناهما قلت قد جآء في حديث أخرجه (٥) مسلم و الأربعةُ عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال

---

(١)المغرب مادة سوم ص٤٢٣ ج١. (٢)و فى شرح الوجيز للرافعى الشافعي ص١٠٣ ج٤. (٣)نهى النبى ﷺ الخ. أخرجه البخاريُّ فى البيوع باب بيع المنابذة ص٢٨٨ ج١ عن أبي سعيد و عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنهما و باب بيع المخاضرة ص٢٩٣ ج١ عن انس بن مالك رضى الله تعالى عنه و أخرجه مسلمٌ فى البيوع باب ابطال بيع الملامسة و المنابذة ص٢ ج٢ عن أبى سعيد و عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنهما. (٤)قال الأكملُ فى العناية ص٥٥ ج٦. (٥)أخرجه مسلمٌ فى البيوع باب بطلان بيع الحصاة الخ ص٢ ج٢ و أبو داودٌ فيه باب =>

و لأن فيه تعليقاً بالخطر قال و لا يجوز بيع الثوب من الثوبين لجهالة المبيع و لو قال على أنه بالخيار فى أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع ستحساناً و قد ذكرناه بفروعه قال لا يجوز بيع المراعي و لا إجارتها و المراد به الكلأ

نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر و بيع الحصاة و ما وقف الأكملُ على هذا الحديث فلذلك اقتصر على الكلام الذى قاله. (و لأن فيه) أي و لأن فى كل واحد من هذه البيوع (تعليقاً) أي للتمليك (بالخطر) و في المغرب (١) الخطر الإشراف على الهلاك قال الشراحِ و فيه معنى القمار لأن التمليك لا يحتمل التعليق لإفضائه إلى معنى القمار. (قال) أي القدوريِّ (و لا يجوز (٢) بيع ثوب من ثوبين لجهالة البيع و لو قال على انه بالخيار فى أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً) و القياس أن لا يجوز و به قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى و قال الكاكيِّ و كذا (٣) عبد من عبدين و لا خلاف فيه لأحد حتى إذا قبضهما وماتا معا يضمن نصف قيمة كل واحد منهما لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم البيع الفاسد و الآخر أمانة و ليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت الأمانة و الضمان (و قد ذكرناه بفروعه) أي في باب خيار الشرط. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لا يجوز بيع المراعي و لا إجارتها) و فسر المصنفِّ قول محمد رحمه الله تعالى هذا بقوله (و المراد به الكلأ) أى المراد بالمراعى الكلأ اطلاقا لاسم المحل على الحال و الكلأ واحد الأكلاء و هو كل ما رعته الدواب من الرطب و اليابس عن محمد رحمه الله تعالى أن الكلأ ما ليس له ساق و ما قام على ساق فليس بكلأ مثل الحاج و العوسج و الغرقد من الشجر لا من الكلأ لأنه يقوم على ساق كذا فى المغرب (٤)

=> فى بيع الغرر ص١٢٣ ج٢ و الترمذىّ فيه باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر ص١٤٧ ج١ و النسائىّ فيه بيع الحصاة ص٢١٦ ج٢ و ابن ماجة فى التجارات باب النهى عن بيع الحصاة الخ ص١٥٩. (١)المغرب ص ٢٦٠ ج١. (٢)لا يجوز بيع ثوب الخ. قيد بالقيمى اذ بيع المبهم فى المثلى جائز كذا فى البحر ص١٢٦ ج٦. (٣)و كذا عبد الخ. كذا فى البحر ص١٢٦ ج٦ معزيا الى المعراج. و فيه أيضا و لو ماتا مرتبين ضمن قيمة الأول لأنه تعين مضمونا لتعذر الرد فيه و لو حرر هما معا عتق أحدهما لأنه ملك أحدهما بالقبض و ان حرر أحدهما لم يصح أي لو قال البائع أو المشترى أحدهما حر و لو قالا متعاقبا عتقا لأن كل واحد أعتق ملكه و ملك غيره فيصح فى ملكه و البيان الى المشترى لأن من نفد فيه عتقه مضمون بالقيمة و القول فى المضمون قول الضامن و لو قبض أحدهما باذن البائع فهلك غرم قيمته اه. (٤)المغرب مادة كلأ ص٢٢٨ ج٢. و فى لسان العرب ص١٤٨ ج١. (قال) الأزهرى فى ترجمة عشب: الكلأ عند العرب: يقع على العشب وهو الرطب و على العروة و الشجر و النصيّ و الصلّيان الطيب كل ذلك من الكلأ. (قال) غيره: و الكلأ مهموز مقصور: ما يرعى: و قيل الكلأ العشب رطبه و يابسه و هو اسم للنوع و لا واحد له. و الكلأ: اسم لجماعة لا يفرد. قال أبو منصور: الكلأ يجمع النصيّ و الصلّيان و الحلمة و الشيح و العرفج و ضروب العرا* كلها داخلة فى الكلأ و كذلك العشب و البقل و ما أشبهها. =>

أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث و أما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح و لو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى.

و قيل ما ليس له ساق و ما له ساق فهو كلأ و إنما فسر (١) المصنف المراعي بالكلأ لأن لفظ المرعي يقع على موضع الرعي و هو الأرض و على الكلأ و على مصدر رعى و لو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الأرض و إجارتها لا يجوز و هو غير صحيح لأن بيع الأرض و إجارتها صحيح سواء كان فيه الكلأ أو لم يكن. (أما البيع) أي أما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز (فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث) و هو ما رواه (٢) الطبراني في معجمه بإسناده عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ المسلمون شركاء فى ثلاث الماء و الكلأ و النار و رواه (٣) ابن ماجة من حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ المسلمون شركاء فى ثلاث الماء و الكلأ و النار و ثمنه حرام و فى سنده عبد الله بن خراش (٤) و هو ضعيف ضعفه أبو زرعة و عن البخاري انه منكر الحديث و رواه (٥) أبو داود فى سننه عن رجل من الصحابة رضى الله تعالى عنهم نحو رواية الطبراني (و أما الإجارة) أي عدم جوز الإجارة (فلأنها) أي الإجارة (عقدت على استهلاك عين مباح) فلا يجوز (و لو عقدت) أي الإجارة (على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى) يعني عدم جواز الإجارة على عين مباح بالطريق الأولى لأن محل الإجارة المنافع لا الأعيان باتفاق الفقهاء إلا إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبغ و اللبن فى استيجار الصباغ و الظئر لكونه آلة للخضاب و الظؤرة و لم يذكر أن إجارة الكلأ وقعت فاسدة أو باطلة و ذكر فى الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض و ينفذ عتقه فيها و قالوا معنى شركتهم فيها أن لهم الانتفاع بضوء النار و الاصطلاء بها و تجفيف الثياب أما إذا أراد أن يأخذ الجمر لا يكون له ذلك إلا بإذن صاحبه

=> و قال النضر: الكلأ: البقل و الشجر. اه ملخصا. (١)و انما فسر المصنف الخ. كذا فى العناية ص٥٦ ج٦.
(٢)رواه الطبراني فى معجمه كذا فى نصب الراية ص ٢٩٤ ج٤. (٣)رواه ابن ماجة فى الرهون باب المسلمون شركاء فى الثلاث ص١٨٠. (٤)عبد الله بن خراش الخ. و فى نصب الراية ص٢٩٤ ج٤. قال عبد الحق فى "أحكامه" قال البخاري: عبد الله بن خداش عن العوام بن الحوشب منكر الحديث و ضعفه أيضا أبو زرعة و قال فيه أبو حاتم: ذاهب الحديث انتهى كلامه و أقره ابن القطان عليه انتهى. (٥)رواه أبو داود فى الاجارة باب منع الماء ص١٣٦ ج٢. و فى نصب الراية ص٢٩٤ ج٤. قال البيهقي فى المعرفة: و أصحاب النبي ﷺ كلهم ثقات و ترك ذكر اسمائهم فى الاسناد لا يضر ان لم يعارضه ما هو أصح منه انتهى.

قال و لا يجوز بيع النحل و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يجوز إذا كان محرزاً و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى

كذا ذكره القدوري و كذا الانتفاع من الماء بالشرب و سقي الدواب و الإستقاء من الآبار و الحياض و الأنهار المملوكة من الاراضي المملوكة و كذلك الإنتفاع بالإحتشاش من الاراضي المملوكة و لكن له أن يمنع من الدخول في أرضه فإن منع كان لغيره أن يقول له إن لي في أرضك حقاً فإما أن توصلني إلى حقي أو تحتشه فتدفعه إلي أو تدعني آخذه كثوب رجل وقع في دار إنسان هذا إذا نبت ظاهر و أما إذا أنبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ذكر في المحيط و الذخيرة و النوازل أن صاحبها يملكه و ليس لاحد أن يأخذه بغيره إذنه فجاز بيعه و ذكر القدوري إنه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص و إنما تنقطع بالحيازة و سوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة للكلأ فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه. و في فتاوى الولوالجي رجل باع حشيشاً في أرضه إن كان صاحب الحشيش هو الذي أنبته بأن سقاها الماء لاجل الحشيش فنبت بتكلفه جاز بيعه لانه ملكه و ليس لاحد أن يأخذه بغير إذنه كما لو أخذ السمك و ألقاه في الماء فباع جاز و إن كان الحشيش ينبت بنفسه فلا يجوز بيعه لانه ليس بمملوك له لانه مباح ألا ترى أن لكل أحد من الناس أن يأخذه و ذكر قاضي خان لو باع الكلأ أو الماء بعد الإحراز جاز لانه صار أخص به من غيره و في الإيضاح لا يجوز بيع الكلأ في أرضه و لا ماء نهره أو بيره و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى هكذا ذكره الطحاوي لانه على الإباحة فما لم يحرزه لم يجز بيعه كبيع الصيد في أرضه ما لم يأخذه و كذا لا يجوز بيع الكماة في أرضه ما لم يقلعها و كذا بيع السمكة في نهره (قال ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال (١) محمد رحمه الله تعالى يجوز إذا كان محرزاً) أي مجموعاً (و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى) و في كتب (٢) الشوافع في بيع النحل في الكوارة وجهان أحدهما لا يجوز و هو اختيار

---

(١)قال محمد رحمه الله تعالى الخ. و فى البحر ص١٢٨ ج٦. و الفتوى على قول محمد و كذا فى الهندية ص١١٤ ج٣ معزيا الى الغياثية. (٢)و فى كتب الشوافع الخ. و فى المهذب و اختلف أصحابنا فى بيع النحل فى الكندوج فقال أبو العباس يجوز بيعه و من أصحابنا من قال لا يجوز و هو قول أبى حامد الاسفرايني و فى شرح المهذب للنووى ص ٣٢١ ج٩. قال أصحابنا بيع النحل في الجملة جائز فان كان فرخه مجتمعا على غصن أو غيره و شاهده كله صح بيعه بلا خلاف عندنا فان كان في الخلية و لم يره في دخوله و خروجه فهو من بيع الغائب و قد سبق بيانه فيفرق بين أن يصفه أو لا يصفه. فان رآه في دخوله و خروجه و لم يعرف أنه خرج جميعه و قلنا لا يجوز بيع الغائب ففي بيعه و الحالة هذه وجهان مشهوران الأصح الصحة و الثانى لا يصح و صححه الرؤيانى =>

لأنه حيوان منتفع به حقيقة و شرعاً فيجوز بيعه و إن كان لا يؤكل كالبغل و الحمار و لهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير و الإنتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له كذا ذكره الكرخيّ و لا يجوز بيع دود القز

أبي حامدٌ هذا إذا لم يشاهده و لو اجتمع في الكوارة و شاهده جاز بيعه و كذا لو شاهده خارج الكوارة ففي جواز بيعه له وجهان و محل الخلاف نحل العسل أما نحل غير العسل لا يجوز بالاجماع لانه من الهوام كالزنابير (لانه) أي لان النحل (حيوان منتفع به حقيقة) باستيفاء ما يحدث منه (و شرعا) لعدم ما يمنع عنه شرعا و كل ما هو كذلك (فيجوز بيعه و إن كان لا يؤكل) كلمة إن واصلة بما قبله (كالبغل و الحمار) فإن بيعهما يجوز بلا خلاف. (و لهما) أي و لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (أنه) أي أن النحل (من الهوام) جمع هامة و هي دود الارض (فلا يجوز بيعه كالزنابير) و الحيات و العقارب و الوزغ (و الانتفاع) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به و الإنتفاع إنما يحصل (بما يخرج منه) و هو العسل (لا بعينه) أى لا ينتفع بعين النحل قيل (١) هذا احتراز عن المهر و الجحش فإنهما و إن كان لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المآل بأعيانهما و قال الاكملّ و فيه بعد لخروجهما بقوله يخرج منه قلت قائل هذا القول هو الكاكيّ شيخه. (فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة) بضم الكاف و تشديد الواو و هي معسل النحل إذا سوى من طين و في التهذيب كوارة النحل مخففة و في المغرب (٢) الكوار و الكوارة بالكسر من غير تشديد و قيد الزمخشرى بفتح الكاف و في الغريبين بالضم (فيها) أى في الكوارة (عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له) كبيع الارض مع الشرب و بيع العذرة المختلطة بالتراب اذاكان التراب غالبا. (كذا ذكره الكرخيّ) في مختصره. (و لا يجوز بيع دود القز

=> و صاحب الانتصار رحمهما الله تعالى. فلو طار ليرعى فباعه و هو طائر و عادته أن يعود فى آخر النهار كما هو الغالب و قد رآه قبل طيرانه ففى صحة بيعه وجهان حكاهما الماورديّ و الرويانيّ و آخرون أحدهما لا يجوز بيعه و به قطع البغويّ و أصحهما يصح و به قال ابن سريجٌ قطع به المتوليّ. اه ملخصا. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص٣٠٤ ج٤. (فصل) و يجوز بيع النحل اذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع. و اختلف أصحابنا فى بيعها فى كواراتها فقال القاضيّ لا يجوز و قال أبو الخطابّ يجوز اه ملخصا. (١)قيل هذا الخ. أقول القائل هو الاتقانى و الخبازى رحمهما الله تعالى كذا فى السعدية. (٢)المغرب ص٢٣٥ ج٢. و فى البحر ص١٢٨ ج٦. و فى المصباح: كوارة النحل بالضم و التخفيف و التثقيل لغة عسلها فى الشمع و قيل بيتها اذا كان فيه العسل و قيل هو الخلية و كسر الكاف مع التخفيف لغة اه. و فى لسان العرب ص١٥٧ ج٥. الكوار و الكوارة (بالكسر مع التخفيف): بيت يتخذ من قضبان ضيّق الرأس للنحل تعسّل فيه.

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه من الهوام و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً له و عند محمد رحمه الله تعالى يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به و لا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يجوز لمكان الضرورة و قيل أبو يوسف رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما في دود القز.

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه من الهوام و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا له) أي للقز لانه صار منتفعا به في المستقبل (و عند محمد رحمه الله تعالى يجوز كيفما كان) أي سواء كان معه القز أو لا (لكونه منتفعا به) و به قال (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و هو اختيار الصدر الشهيدّ و عليه (٢) الفتوى للتعامل كذا في الذخيرة و جامع المحبوبي. (و لا يجوز بيع بيضه) أي بيض دود القز و هو البزر الذى منه يكون الدود (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) لانه مما لا ينتفع بعينه بل بما يحدث منه و هو معدوم في الحال (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يجوز لمكان الضرورة) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و أحمد (٣) و عليه الفتوى (٤) (و قيل أبو يوسف رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما في دود القز) في عدم الجواز و قال الكرخيّ اجاز محمد رحمه الله تعالى بيع النحل إذا كان مجموعا و كذلك أجاز بيع دود القز و السلم فيه إذا كان وقته و جعل منتهى الأجل في وقته و كان محمد رحمه الله تعالى يضمن من قتله و قال الكرخيّ أيضاً و اجمعوا (٥) على أن بيع هوام الأرض كالحيات (٦) و العقارب و الوزغ و العظاية و القنافذ و الجعل و الضب لا يجوز. و قالوا

---

(١)و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى كذا في شرح الوجيز للرافعي الشافعيّ ص٢٨ ج٤ و المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص٣٠٣ ج٤. (٢)عليه الفتوى كذا في الهندية ص١١٤ ج٣ معزيا الي الواقعات و كذا في خلاصة الفتاوى ص٣٨ ج٣. (٣)أحمد رحمه الله تعالى. كذا في المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص٣٠٣ ج٤. (٢)عليه الفتوى. كذا في خلاصة الفتاوى ص٣٨ ج٣ و كذا في الهندية ص١١٤ ج٣ معزيا الي الواقعات. (٤)و أجمعوا الخ. كذا في فتح القدير ص٥٨ ج٦. (٥)كالحيات. و في الهندية ص١١٤ ج٣. و في النوازل و يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها في الأدوية و ان كان لا ينتفع بها لا يجوز و الصحيح أنه يجوز بيع كل شيء ينتفع به كذا في التتارخانية و في فتاوى أبي الليثّ اذا اشترى العلق الذى يقال له بالفارسية مرغك يجوز و به أخذ الصدر الشهيدّ كذا في المحيط و هو المختار. و لو استأجر انسانا ليرسل عليه العلق جاز بالاتفاق كذا في الخلاصة. بيع الكلب المعلم عندنا جائز و كذلك بيع السنور و سباع الوحش و الطير جائز عندنا معلما كان أو لم يكن كذا في فتاوى قاضي خان. و بيع الكلب الغير المعلم يجوز اذا كان قابلا للتعليم و إلا فلا هو الصحيح كذا في الجواهر الأخلاطي. قال محمد رحمه الله تعالى و هكذا نقول في الأسد اذا كان بحيث يقبل التعليم و يصاد به أنه يجوز البيع فان الفهد و البازى يقبلان التعليم على كل حال فيجوز بيعهما على كل حال كذا في الذخيرة. و في الفتاوى العتابية =>

....

....

=> و يجوز بيع الذئب الصغير الذى لا يقبل التعليم و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى صغيره و كبيره سواء كذا فى التتارخانية. و بيع الفيل جائز و فى بيع القردة روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى رواية يجوز و هى المختار كذا فى محيط السرخسي. و يجوز بيع جميع الحيوانات سوى الخنزير و هو المختار كذا فى جواهر الأخلاطي. و قال موفق الدين ابن قدامة الحنبليّ فى المغنى ص ٣٠٠ ج٤. لا يختلف المذهب فى أن بيع الكلب باطل أى كلب كان و به قال الحسن و ربيعة و حماد و الأوزاعى و الشافعي و داود رحمهم الله تعالى و كره أبوهريرة رضى الله تعالى عنه ثمن الكلب و رخص فى ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله و عطاء و النخعى رحمهما الله تعالى و اختلف أصحاب مالك رحمهم الله تعالى فمنهم من قال لا يجوز و منهم من قال الكلب المأذون فى إمساكه يجوز بيعه و يكره و نحوه فى شرح المهذب للنووى الشافعيّ ص٢٢٨ ج٩. و قال الموفق الحنبليّ فى المغنى ص٣٠٣ ج٤. و أما الهر فقال الخرقيّ يجوز بيعها و به قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه و الحسن و ابن سيرين و الحكم و حماد و الثورى و مالك و الشافعي و اسحاق و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى أنه كره ثمنها و روى ذلك عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه و طاوس و مجاهد و جابر بن زيد رحمهم الله تعالى و نحوه فى شرح المهذب للنووى الشافعيّ ص٢٢٩ ج٩. و قال الموفق الحنبليّ فى المغنى أيضا (فصل) قال أحمد رحمه الله تعالى أكره بيع القرد قال ابن عقيلّ هذا محمول على بيعه للاطافة به و اللعب فأما بيعه لمن ينتفع به كحفظ المتاع و الدكاكين و نحوه فيجوز و هذا مذهب الشافعي رحمه الله تعالى. (فصل) و فى بيع العلق التى ينتفع بها مثل التى تعلق على وجه صاحب الكلف فتمص الدم و الديدان التى تترك فى الشص فيصاد بها السمك وجهان أصحهما جواز بيعها و الثانى لا يجوز و قال النووى الشافعيّ فى شرح المهذب ص٢٤٠ ج٩. قال أصحابنا الحيوان الطاهر المملوك من غير الآدمى قسمان (قسم) ينتفع به فيجوز بيعه كالابل و البقر و الغنم و الخيل و البغال و الحمير و الظباء و الغزلان و الصقور و البزاة و الحمام و العصافير و العقاب و ما ينتفع بلونه كالطاوس أو صوته كالزرزور و الببغاء و العندليب و كذلك القرد و الفيل و الهرة و دود القز و النحل فكل هذا و شبهه يصح بيعه بلا خلاف لأنه منتفع به و هذا الذى ذكرناه من صحة بيع النحل هو اذا شاهده المتعاقدان فان لم يشاهدا جميعه ففيه تفصيل و خلاف و سنوضحه فى الباب الذى بعد هذا ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف. قال أصحابنا و يجوز بيع الجحش الصغير بلا خلاف لانه يؤول الى المنفعة و الله تعالى اعلم. (القسم الثانى) من الحيوان ما لا ينتفع به فلا يصح بيعه و ذلك كالخنافس و العقارب و الحيات و الديدان و الفأر و النمل و سائر الحشرات و نحوها. قال أصحابنا و لا نظر الى منافعها المعدودة من خواصها لأنها منافع تافهة. قال أصحابنا و فى معناها السباع التى لا تصلح للاصطياد و لا القتال عليها و لا تؤكل كالأسد و الذئب و النمر و الدب و أشباهها فلا يصح بيعها لانه لا منفعة فيها. قال أصحابنا و لا ينظر الى اقتناء الملوك لها للهيبة و السياسة هذا هو المذهب و المنصوص و به قطع المصنف و سائر العراقيين و جمهور الخراسانيين. و حكى القاضى حسين و امام الحرمين و الغزالى و جماعة آخرون من الخراسانيين وجهاً شاذاً ضعيفاً أنه يجوز بيع السباع لانها طاهرة و الانتفاع بجلودها بالدباغ متوقع و ضعفوا هذا الوجه بان المبيع فى الحال غير منتفع به و منفعة الجلد غير مقصودة و لهذا لا يجوز بيع الجلد النجس بالاتفاق و ان كان الانتفاع به بعد الدباغ ممكناً و الله اعلم. قال الرافعي و نقل أبو الحسن العبادى رحمه الله تعالى =>

و الحمام إذا علم عددها و أمكن تسليمها جاز البيع (١) لأنه مال مقدور التسليم

لا يجوز بيع شيء من البحر كالضفادع و السرطان و السلحفاة و غير ذلك إلا السمك و في الأجناس قال محمد بن الحسن رحمه الله تعالى إذا كان الدود و ورق التوت من واحد و العمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز و كذا لو كان العمل منهما و هو بينهما نصفان لا يجوز و قال الولوالجيّ في فتاواه امرأة أعطت امرأة بزر القز و هو بزر الفليق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفليق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزر ها و لها على صاحبة البزر قيمة الأوراق و أجرة مثلها و على هذا إذا دفع البقرة إلى إنسان يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة و له على صاحب البقرة ثمن العلف و أجرة المثل و كذلك إذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف. (و الحمام إذا علم عددها و أمكن تسليمها جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم) و في فتاوى قاضي خان (٢) و ان باع طيراً له يطير في الهواء إن كان ذا جناح يعود إلى بيته و يقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه و إلا فلا و كذا بيع الحمام (٣) في البرج و به قال (٤) الشافعي رحمه الله تعالى و لو باع الحمام الطائر فللشافعي رحمه الله تعالى فيه وجهان فعند

=> وجهاً أنه يجوز بيع النمل في عسكر مكرم و هي المدينة المهورة بالمشرق قال لانه يعالج به السكر وبنصيبين لانه يعالج به العقارب الطيارة و هذا الوجه شاذ ضعيف (و أما) الحدأة و الرخمة و النعامة و الغراب الذى لا يؤكل فلا يجوز بيعها هكذا قطع به جماهير الأصحاب قال امام الحرمين ان كان في أجنحة بعضها فائدة جاء فيها الوجه السابق في بيع السباع لجلودها قال الرافعي انكاراً على الامام بينهما فرق فان الجلود تدبغ و لا سبيل إلى تطهير الأجنحة (قلت) وجه الجواز على ضعفه الانتفاع بريشها في النبل فانه و إن قلنا بنجاسته يجوز الانتفاع به في النبل و غيره من اليابسات و الله تعالى اعلم. (فرع) العلق و هو هذا الدود الأسود و الأحمر الذى يخرج من الماء و عادته أن يلقى على العضو الذى ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه هل يجوز بيعه فيه طريقان (أصحهما) و به قطع إمام الحرمين و الغزالي و البغوى رحمهم الله تعالى في شرح المختصر و آخرون يجوز لأن فيه غرضاً مقصوداً و هو امتصاصه الدم من العضو المتألم (و الطريق الثاني) فيه وجهان و ممن حكاه المتولي (أصحهما) يجوز (و الثاني) لا لأنه حيوان مؤذ كالحية و العقرب. (١) البيع –ن– بيعها. (٢) و في فتاوى قاضي خان ص٣٤٨ ج٢. (٣) بيع الحمام الخ. و في الذخيرة: اذا باع برج حمام مع الحمام فان باع ليلا جاز لأن في الليل يكون الحمام بجملته داخل البرج و يمكن أخذه منه من غير الاحتيال فيكون بائعا ما يقدر على تسليمه و في النهار يكون بعضه خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتيال فلا يجوز اه كذا في البحر ص١٢٩ ج٦. (٤) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح الوجيز ص٣٦ ج٤ و شرح المهذب ص٢٨٤ ج٩. و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٢٧٢ ج٤. و جملة ذلك أنه اذا باع طائرا في الهواء لم يصح مملوكا أو غير مملوك و لا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه. و ان باعه الطير في البرج نظرت فان كان البرج مفتوحا لم يجز و ان كان مغلقا و يمكن أخذه جاز بيعه و قال القاضي: إن لم يمكن أخذه إلا بتعب و مشقة لم يجز بيعه و هذا مذهب الشافعي اه ملخصا.

ولا يجوز بيع الآبق

بعض أصحابنا الأصح الجواز لاعتبار العود و عند أكثرهم الأصح عدم الجواز و كان حق هذه المسألة ذكرها عند قوله و لا بيع الطير فى الهواء فكأنه اتبع في ذلك الصدر الشهيد فإنه ذكر الحمام بعد ذكر النحل و دود القز في شرح الجامع الصغير. (و لا يجوز بيع الآبق) و هذا بإجماع (١) الفقهاء الأربعة رحمهم الله تعالى و عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه يجوز بيعه و عن محمد ابن سيرين يجوز بيعه لو عرف موضعه و روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجوز بيعه

(١)هذا بإجماع الفقهاء الأربعة رحمهم الله تعالى كذا فى فتح القدير ص٥٨ ج٦. و فى المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٢٧١ ج٤. و جملته أن بيع العبد الآبق لا يصح سواء علم مكانه أو جهله و كذلك ما فى معناه من الجمل الشارد و الفرس العائر و شبههما و بهذا قال مالك و الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه أنه اشترى من بعض ولده بعيرا شاردا و عن ابن سيرين لا بأس ببيع الآبق اذا كان علمهما فيه واحدا و عن شريح مثله. و قال الفقيه المحدث الناقد ظفر احمد العثماني فى إعلاء السنن ص٤٧٣ ج١٤.

باب جواز بيع العبد الآبق و الجمل الشارد اذا كان المشترى يعلم مكانه

٤٨٢٠- روى ابن أبي شيبة: نا عبدة بن سليمان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه: "أنه اشترى بعيرا و هو شارد" (المحلي ٨: ٣٩١) و سنده صحيح. ٤٨٢١- و من طريق حماد بن سلمة عن أيوب السختياني عن محمد ابن سيرين: "أن رجلا أبق غلامه فقال له رجل: بعني غلامك فباعه منه ثم اختصما إلى شريح فقال شريح: إن كان أعلمه مثل ما علم فهو جائز". (المحلي) و سنده صحيح. ٤٨٢٢- و من طريق عبد الرزاق: نا معمر عن أيوب السختياني قال: "أبق غلام لرجل فعلم مكانه رجل آخر فاشتراه منه فخاصمه إلى شريح بعد ذلك قال ابن سيرين: فسمعت شريحا يقول له: أكنت أعلمته مكانه ثم اشتريته؟ فرد البيع لأنه لم يكن أعلمه" (المحلي ٨: ٣٩١) و سنده صحيح.

باب جواز بيع العبد الآبق و الجمل الشارد اذا كان المشترى يعلم مكانه

قوله: "روى ابن أبي شيبة إلخ"، قال العبد الضعيف: جعل ابن حزم أثر ابن عمر هذا معارضا لحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه: نهى رسول الله ﷺ عن شراء ما فى بطون الأنعام حتى تضع و عن ما فى ضروعها إلا بكيل و عن شراء العبد الآبق و عن شراء المغانم حتى تقسم و عن شراء الصدقات حتى تقبض، و لا منافاة بينهما فإن أثر ابن عمر رضى الله تعالى عنه محمول على ما إذا علم المشترى أو البائع أو كلاهما مكانته و كان مقدورا عليه و حديث أبى سعيد رضى الله تعالى عنه على ما إذا لم يعلم مكانه بدليل ما فى أثر شريح من تقييد الجواز بالعلم. و أما تعليله حديث أبى سعيد رضى الله تعالى عنه بكون جهضم و محمد بن إبراهيم و محمد بن زيد مجهولين و شهر بن حوشب متروكا فرد عليه فإن جهضما هذا هو جهضم بن عبد الله ابن أبى الطفيل القيسى مولاهم اليمامى روى عنه إبراهيم بن طهمان و حاتم بن إسماعيل و الثورى و معاذ بن هانيء و ابن مهدى و محمد بن سنان العوفى و غيرهم. قال الدورى عن ابن معين: ثقة و قال أبو حاتم هو أحب إلى من ملازم و هو ثقة و ذكره ابن حبان في الثقات و قال أبو داود عن أحمد كان رجلا صالحا لم يكن به بأس (تهذيب ٢: ١٢٠) ومن يروى عنه أمثال هؤلاء =>

....

....

=> الأئمة الثقات لا يكون مجهولا قط. و أما محمد بن زيد العبدى فالظاهر أنه ابن زيد بن على بن القموص الكندى و يقال العبدى قاضى مرو روى عنه الأعمش و مقاتل بن حيان و معمر و داود بن الفرات و على بن الحكم البنانى و غيرهم قال أبو حاتم: صالح الحديث لا بأس به و ذكره ابن حبان فى الثقات (تهذيب ٩: ١٧٣). و أما شهر بن حوشب فقال أبو حاتم: ليس بدون أبى الزبير و قال أبو زرعة: لا بأس به و قال يعقوب بن شيبة: شهر ثقة طعن فيه بعضهم و وثقه ابن معين و أحمد بن حنبل و العجلى و الفسوى رحمهم الله تعالى و روى له مسلم مقرونا و احتج به غير واحد قاله المنذرى فى خاتمة الترغيب (٥٢٩) و مثله لا يكون متروكا بل هو حسن الحديث كما مر غير مرة. و أما محمد بن إبراهيم الباهلى فلا نعلم روى عنه غير جهضم اليمامى و لم نر فيه جرحا ولا تعديلا إلا أن الترمذى قد حسن حديثه كما مر و لا يعد ممن جهل الترمذى أن يجهل من رواته من هو حسن الحديث عنده و الله تعالى أعلم. و قال المحقق فى الفتح: و على كل حال فالإجماع على ثبوت حكمه دليل على أن المضعف بحسب الظاهر صحيح فى نفس الأمر اه (٦: ١٠٠) قلت و ابن حزم و من وافقه محجوجون بإجماع من قبلهم. فإن وجدها المبتاع ذهب من مال البائع بثلاثين دينارا و إن لم يجدها ذهب البائع منه بعشرين دينارا و هما لا يدريان كيف يكون حالهما فى ذلك؟ و لا يدريان أيضاً إذا وجدت تلك الضالة كيف تؤخذ؟ و ما حدث فيها من أمر الله مما يكون فيه نقصها و زيادتها؟ فهذا أعظم المخاطرة (روى) ابن وهب و أنس بن عياض و ابن نافع عن عبد العزيز بن أبى سلمة مثله و قال عبد العزيز: و مما يشبه المخاطرة اشتراء الضالة و الآبق كذا فى المدونة (٣: ٢٥٤) قلت: و هو محل ما روى عن بعض السلف من النهى عن بيع الغائب أراد به غائبا مفقودا لا يعلم مكانه و لا حياته من موته و لم يكن مقدورا عليه و أما الغائب الذى قد علم مكانه و هو مقدور عليه فبيعه جائز.

أغرب ابن حزم فى قوله: إنه لا غرر فى بيع الآبق مطلقاً:

و أغرب ابن حزم حيث ادعى أنه لا غرر فى بيع الآبق و الجمل الشارد عرف مكانه أو لم يعرف لأنه بيع شىء قد صح ملك بائعه عليه و هو معلوم الصفة و القدر فعلى ذلك يباع و يملكه المشترى فإن وجده فذلك و إن لم يجده فقد استعاض الأجر الذى هو خير من الدنيا و ما فيها و ربحت صفقته اه (٨: ٣٨٩) قلت: يا سبحان الله! لو كان مثل هذا يستعيض الأجر لبطل حرمة القمار و كان كل مقامر مستحقا للأجر و ليت شعرى ما هو الخطر الذى حرم القمار لأجله و ما الفرق بينه و بين الغرر الذى فى بيع الآبق و الشارد؟ و أما قوله: و لو كان هذا غررا لكان بيع الحيوان كله حاضره و غائبه غررا لأنه لا يدرى مشتريه أ يعيش ساعة بعد ابتياعه أم يموت؟ و لا يدرى أيسلم ثم يسقم؟ اه. ففيه أن احتمال الموت فيما هو حى سالم نادر و لا عبرة بالنادر و إلا لانسد باب البيع و النكاح و غيرهما من العقود لاحتمال موت المشترى بعد القبول قبل أداء الثمن و كذا موت البائع بعد البيع قبل تسليم المبيع و كذا موت الناكح و المنكوحة بعد الإيجاب و القبول و احتمال عدم القدرة على الآبق و الشارد إذا لم يعرف مكانهما غير نادر بل هو الظاهر عادة فليس كل ما يتوقع فى المستقبل غررا إلا إذا كان ظاهرا غير نادر و لا يفرق بينهما إلا من آتاه الله الحكمة و فقها فى الدين. و أما قوله: ثم لو صححوه أى حديث أبى سعيد رضى الله تعالى عنه فهو دمار عليهم لأنهم مخالفون لما فيه و كلهم يجيزون بيع الأجنة فى بطون الأمهات مع الأمهات اه. فكلام لا يصدر إلا عمن حرم الفقه و الدراية رأسا فإن قوله: نهى عن شراء ما فى بطون الأنعام حتى تضع، إنما هو فى معنى. =>

لنهي النبي ﷺ عنه و لأنه لا يقدر على تسليمه إلا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لأن المنهى بيع آبق مطلق و هو أن يكون آبقاً فى حق المتعاقدين و هذا غير آبق فى حق المشتري و لأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم و هو المانع

قيل هذا إذا علم المشتري و لو اختلفا في العلم فالقول للبائع و أما العبد المرسل في حاجة فيجوز بيعه كذا في المحيط (لنهي النبي ﷺ عنه) أي عن بيع الآبق و هو ما رواه (١) ابن ماجةٌ في سننه من حديث أبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع و عن ما في ضروعها إلا بكيل و عن شراء العبد و هو آبق و عن شراء المغانم حتى تقسم و عن شراء الصدقات حتى تقبض و عن ضربة الغائص و ضعفوه. و وراه إسحاق بن راهويهٌ في مسنده عن أبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه مرفوعاً إلا انه قال و عن بيع العبد عوض قوله و شراء العبد (و لأنه لا يقدر على تسليمه) أي تسليم الآبق (إلا أن يبيعه) أي الآبق (من رجل زعم انه عنده لان المنهى) في الحديث (بيع آبق مطلق و هو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين و هذا غير آبق فى حق المشتري) لأنه عنده في زعمه و به قال الشافعي رحمه الله تعالى. (و لأنه) أي و لأن الآبق (إذا كان عند المشتري إنتفى العجز عن التسليم و هو المانع) أي العجز

=> قوله: نهى عن بيع المضامين و الملاقيح و لم يكن مع الأمهات بل بدونها كما لا يخفى على من مارس الحديث و أما بيع الحوامل فالمقصود منه بيع الأمهات و يدخل فيه ما فى بطونها تبعا كما يدخل فيه كرشها و كبدها و طحالها و جلدها تبعا و فرق بين شراء الحيوان مع جلده و ما فى بطنه و بين شراء ما فى بطنه وحده فافهم فإنه لا يرتاب فى الفرق بينهما جاهل فضلا عن عالم عاقل. و أغرب من ذلك قوله: و الحنفيون يجيزون أخذ القيمة عن الصدقة الواجبة و هذا هو بيع الصدقة قبل أن تقبض اه (٨: ٣٩٠) قلنا: ليس هذا من باب البيع و إنما هو من باب أداء الصدقة من غير جنسها و حينئذ يكون غير الجنس صدقة بعينها لكونه مثلها شرعا و هذا مما يعرفه أطفال الحنفية من طلبة العلم فضلا عن كبارهم و مشايخهم و لكن ابن حزم لا يدرى ما يخرج من رأسه فيورد على الخصم من غير معرفة بمذهبه ما لا يرد عليه أصلا. قال فى الهداية: و لا يجوز بيع الآبق إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهى عنه بيع آبق مطلق و هو أن يكون آبقا فى حق المتعاقدين و هذا غير آبق فى حق المشترى و لأنه إذا كان عند المشترى انتفى العجز عن التسليم و هو المانع اه (٥: ٥٩). قلت: و قوله: إلا أن يبيع من رجل زعم أنه عنده دليل على اشتراط علم البائع بكون الآبق عند المشترى أو بكونه عارفا بمكانه فلو لم يعلم بذلك لم يجز بيعه و لو كان فى نفس الأمر بيد المشترى أو فى علمه كما دل على ذلك أثر شريح المذكور فى المتن و وجه ذلك وقوع البيع على آبق مطلق فى حق المتعاقدين ظاهرا فينقص البائع من ثمنه ما لا ينقصه إذا علم بكونه فى يد المشترى أو بكونه عارفا بمكانه فينعقد البيع على الخطر فافهم و الله تعالى أعلم. (١)رواه ابن ماجةٌ فى البيوع باب النهي عن شراء ما فى بطون الانعام و ضروعها و ضربة الغائص ص١٦٠ و الدارقطنيٌ فيه ص١٥ ج٣ و ابن أبى شيبةٌ فيه (٥٦) فى بيع الغرر و العبد الآبق ص١٣١ ج٦ و عبد الرزاقٌ فيه باب بيع الغرر المجهول ص٧٦ ج٨. و فى نصب الراية ص١٥ ج٤. و رواه اسحاق بن راهويه و أبو يعلى الموصلي و البزار رحمهم الله تعالى فى مسانيدهم.

ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده و كان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده و قبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع و لو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً لانه قبض غصب و لو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين و لانه لا يقدر على تسليمه و لو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لان العقد انعقد بقيام المالية و المانع قد ارتفع و هو العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع و هكذا يروى عن محمد رحمه الله تعالى قال و لا بيع لبن إمرأة

عن التسليم هو المانع من البيع (ثم لا يصير) أي المشتري (قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده و كان أشهد عند أخذه) أي أشهد عند الأخذ انه أخذه للرد (لأنه) يصير (أمانة عنده) و لهذا لو هلك قبل الوصول إلى يد المولى هلك من مال المولى (و قبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع) لأن الأدنى لا ينوب عن الأعلى (و لو كان لم يشهد) عند الأخذ صوابه عند القبض (يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب) و قبض الغصب قبض ضمان فينوب عن قبض البيع و هو قبض ضمان. (و لو قال هو) أي الآبق (عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين و لأنه لا يقدر على تسليمه) لأنه آبق مطلق (و لو باع الآبق) من رجل (ثم عاد من الآبق) و سلمه للمشتري (لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لانعدام (١) المحلية كبيع الطير في الهواء) و هو ظاهر الرواية و به أخذ مشايخ بلخ (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يتم العقد إذا لم يفسخ) يعني إذا عاد العبد من إباقه يتم العقد و لكن يشترط أن لا يفسخ القاضي العقد قبل عوده و إن فسخه قبل ذلك فلا بد حينئذ من البيع الجديد (لأن العقد انعقد بقيام المالية) لأن الآبق مال مملوك (و المانع) من الجواز (قد ارتفع و هو) أي المانع (العجز عن التسليم) فصار (كما إذا أبق بعد البيع) و به أخذ الكرخي و جماعة من المشايخ رحمهم الله تعالى كذا ذكره الاسبيجابي. (و هكذا يروى عن محمد رحمه الله تعالى) يعني مثل ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و لا بيع لبن امرأة) أي و لا يجوز بيع لبن امرأة و به قال (٢) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى

---

(١) لانعدام المحلية. و في العناية ص ٥٩ ج٦. و عورض بأن الاعتاق يجوز و لو فات المحل لما جاز و أجيب بأن الاعتاق ابطال الملك و هو يلائم التوى بالاباق بخلاف البيع فيه فانه اثباته و التوى ينافيه. (٢) و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ. و في شرح المهذب للنووي الشافعي ص ٢٥٤ ج٩. (فرع) بيع لبن الآدميات جائز عندنا لا كراهية فيه هذا هو المذهب و قطع به الأصحاب الا الماوردي و الساشي و الروياني رحمهم الله تعالى فحكوا وجها شاذا =>

في قدح و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز بيعه لانه مشروب طاهر و لنا أنه جزء الآدمي و هو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الإبتذال بالبيع و لا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة و الامة و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لانه

في رواية و أبو القاسم من أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى لأنه نجس عنده (في قدح) (٢) قال الكاكي ذكر القدح اتفاقي لأن حرمة بيعه غير موقوفة على كونه في قدح و لكنه أخرج الكلام مخرج العادة ثم قال و الأصح أن هذا قيد مفيد لأنه لو لم يذكره لتوهم (٣) جواز بيعه في القدح و عدم جواز بيعه في الضرع كما هو الحكم في لبن سائر الحيوانات فإنه لا يجوز في الضرع و يجوز في القدح و غيره من الإناء إليه أشار الإمام أبو جعفر في كشف الغوامض. (و قال الشافعي يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر) إحترز بالطاهر عن الخمر فإنها نجسة فلا يحل بيعها (و لنا أنه جزء (٤) الآدمي و هو) أي الآدمي (بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع) أي محفوظ عن الإهانه بسبب البيع. (و لا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة و الأمة و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (٥) أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها) إعتبارا للجزء بالكل (قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه) لأن الرق ضعف حكمي (لأنه

=> عن أبي القاسم الأنماطي من أصحابنا أنه نجس لا يجوز بيعه و انما يربى به الصغير للحاجة و هذا الوجه غلط من قائله فالصواب جواز بيعه قال الشيخ أبو حامد هكذا قاله الأصحاب و لا نص للشافعي في المسألة هذا مذهبنا و قال أبو حنيفة و مالك رحمهما الله تعالى لا يجوز بيعه و عن أحمد رحمه الله تعالى روايتان كالمذهبين. و في المغني لابن قدامى الحنبلي ص ٣٠٤ ج٤. (فصل) فاما بيع لبن الآدميات فقال احمد رحمه الله تعالى اكرهه. و اختلف أصحابنا في جوازه و ظاهر كلام الخرقي جوازه و هذا قول ابن حامد و مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و ذهب جماعة من أصحابنا الى تحريم بيعه و هو مذهب أبي حنيفة و مالك رحمهما الله تعالى و الأول أصح اه ملخصا.

(٢)في قدح. هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح إلا بعد انفصاله أما عين القدحية فليس قيدا بل سائر الأواني سواء و انما هو قيد باعتبار لازمه و هو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بيعه مادام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه و لا يضمن متلفه وهو مذهب مالك و أحمد رحمهما الله تعالى.

(٣)لتوهم الخ. أقول هذا التوهم بعيد جدا بعد ما سبق قوله و لا اللبن في الضرع كذا في السعدية. (٤)جزء الآدمي. و في العناية ص ٦١ ج٦. و عورض بأنه لو كان جزء الآدمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية أجزاء الآدمي. أجيب بأنا لا نسلم أن الأجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الأصل ألا ترى أن الجرح اذا اتصل به البرء يسقط الضمان و كذا السن اذا نبتت. (٥)عن أبي يوسف رحمه الله تعالى الخ. و في الهندية ص١١٦ ج٣. و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز بيع لبن الأمة هو المختار كذا في مختار الفتاوى.

يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي و لا حياة في اللبن قال و لا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له و يجوز الإنتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه

يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده) أي ضد الرق يعني العتق (و هو) أي المحل (الحي) و معناه أنهما صفتان تتعاقبان على موضع واحد و هما ضدان. (و لاحياة في اللبن) فلا يرد عليه الرق و لا العتق لانتفاء الموضع و الجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروباً مطلقاً أو في حال الضرورة و الأول ممنوع فلأنه إذا استغنى عنه حرم شربه و الثاني مسلم لأنه غذاء عند الضرورة و ليس بمال فلا يجوز (١) بيعه. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و لا يجوز بيع شعر الخنزير) باتفاق الأئمة رحمهم الله تعالى (لأنه) أى لأن الخنزير (نجس العين فلا يجوز بيعه) أي بيع شعره (إهانة (٢) له) كالخمر و جواز البيع يشعر بإعزازه. (و يجوز (٣) الانتفاع به) أي بشعر الخنزير (للخرز (٤) للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه) أي لأن عمل الخرز لا يحصل

---

(١)فلا يجوز بيعه. و في البحر ص١٣٢ ج٦. قال الامام الرباني محمد بن الحسن الشيباني: جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها وجواز بيع لبن الأنعام دليل على فساد اجارتها. (٢)اهانة له. أورد عليه أنه جعل البيع هنا في لبن المرأة اهانة مانعة من حواز البيع للزوم الاكرام و البيع ينفيه و جعله في مسئلة بيع الخمر و الخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا و البيع اعزاز و هذا تناقض. الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة و بالنسبة إلى آخر اكرام مثلا لو أمر السلطان بعض سائسي الدواب أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له و لو أمر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر و الخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا ببدل معزوز كالدراهم أو الثياب كان غاية اكرامه و الآدمي مكرم شرعا و ان كان كافرا فايراد العقد عليه و ابداله به و الحاقه بالجمادات اذلال له هذا. و تعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين فالمعول عليه التعليل بالانتفاع و الحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الأصل فلا تنافي كذا في فتح القدير ص٦٢ ج٦. (٣)و يجوز الانتفاع الخ. و في عمدة القاري ص٣٦ ج١٢. و اختلف العلماء في الانتفاع بشعر الخنزير فكرهه ابن سيرين و الحكم رحمهما الله تعالى و هو قول الشافعي و احمد و اسحاق رحمهم الله تعالى و قال الطحاوي لا ينتفع من الخنزير بشئ و لا يجوز بيع شئ منه و يجوز للخرازين أن يبيعوا شعرة أو شعرتين للخرازة و رخص فيه الحسن و طائفة رحمهم الله تعالى و ذكر عن مالك أنه لا بأس بالخرازة بشعره و أنه لا بأس ببيعه و شرائه و قال الأوزاعي يجوز للخراز أن يشتريه و لا يجوز له أن يبيعه و منه ما قاله البيهقي في سننه ان الخنزير أسوأحالا من الكلب لأنه لم ينزل بقتله بخلافه قلت الخنزير نجس العين حتى لا يجوز دباغة جلده بخلاف الكلب على ما عرف في الفروع. (٤)للخرز للضرورة. هذا بناء على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى بنجاسته أما على قول محمد رحمه الله تعالى الآتي من أنه طاهر فلا يتقيد الانتفاع به بالخرز ولا بالضرورة. قال الزيلعي في تعليل عدم افساده المآء: اذا وقع فيه لأن اطلاق الانتفاع به دليل طهارته اه. و هذا يقتضي جواز بيعه عند محمد رحمه الله تعالى أيضا و لذا قال في النهر: و ينبغي أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد رحمه الله تعالى كذا في المنحة على البحر ص ١٣٢ ج٦.

و يوجد مباح الاصل فلا ضرورة إلى البيع و لو وقع في الماء القليل أفسده عند أبى يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى لا يفسده لان إطلاق الإنتفاع به دليل طهارته و لابي يوسف رحمه الله تعالى أن الإطلاق للضرورة فلا تظهر إلا في حالة الإستعمال و حالة الوقوع تغايرها و لا يجوز بيع شعور الإنسان و لا الإنتفاع به

بدون شعر الخنزير و الضرورة آكيد في إثبات التخفيف و سقوط الحظرو الإنتفاع بلحمه جائز عند الضرورة بالنص (١) فالإنتفاع بشعره كان أولى عند الضرورة لأن الشعر أخف منه بدليل أن شعر الميتة طاهر و لحمها لا (و يوجد مباح الأصل) جواب (٢) عما يقال إذا كان كذلك ينبغى أن يجوز بيعه و تقرير الجواب أن شعر الخنزير يوجد مباح الأصل (فلا ضرورة إلى بيعه) و على هذا قيل إذا كان لا يوجد إلا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع و قال أبو الليثؒ إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء فينبغى أن يجوز لهم الشراء. (و لو وقع) أي شعر الخنزير (في الماء القليل أفسده عند (٣) أبى يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى لا يفسده لأن إطلاق الإنتفاع به دليل طهارته) و قوع الطاهر في الماء لا ينجسه (و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن الإطلاق) أي إطلاق الجواز (للضرورة فلا تظهر) أي الضرورة (إلا في حالة الإستعمال و حالة الوقوع تغايرها) أي تغاير حالة الاستعمال و لا بأس (٤) للأساكفة أن يصلوا مع شعر الخنزير و إن كان أكثر من قدر الدرهم (و لا يجوز بيع شعور الإنسان و لا الانتفاع به) و لا خلاف فيه للفقهاء إلا رواية عن محمد رحمه الله تعالى يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالاً بما روى أن النبى ﷺ حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه و كانوا يتبركون به و لو كان نجساً لما فعل إذا النجس لا يتبرك به

(١)بالنص. اعنى قوله تعالى: قل لا أجد فيما أوحى إليّ محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا اثم عليه. الانعام:١٤٥. و قوله تعالى: انما حرم عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم. النحل:١١٥. (٢)جواب الخ. كذا فى العناية ص١٦٢ ج٦. (٣)عند أبي يوسف رحمه الله تعالى. و فى البحر ص١٣٣ ج٦. و الصحيح قول أبي يوسف رحمه الله تعالى. (٤)لا بأس الخ. كذا فى الكفاية ص٦٢ ج٦. و فيه أيضا و فى الشافى لوصلى و معه شعر الخنزير اكثر من قد الدرهم وزنا عند بعضهم و بسطا عند آخرين لم يجز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى تجوز و في الذخيرة هذا في المنتوف و أما المجذوذ فطاهر. و فى البحر ص١٣٣ ج٦. و ما ذكر فى بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير و ان كان اكثر من قدر الدرهم فهو مخرج على قول محمد رحمه الله تعالى بطاهرته و أما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فلا و هو الوجه لأن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه و يجتمع على ثيابهم هذا المقدار.

لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً مبتذلاً و قد قال عليه الصلاة و السلام لعن الله الواصلة و المستوصلة الحديث و إنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء و ذوائبهن

وجه الظاهر هو قوله (لأن الآدمي مكرم لا مبتذل) (١) بفتح الذال المعجمة (فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً مبتذلاً) بفتح الذال المعجمة كيلا يلزم الإهانة. (و قد قال عليه الصلاة و السلام) أي و قد قال النبي ﷺ (لعن الله الواصلة و المستوصلة الحديث) هذا الحديث أخرجه (٢) الائمة الستة رحمهم الله تعالى في كتبهم كلهم من حديث عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال لعن الله الواصلة و المستوصلة و الواشمة و المستوشمة انتهى. و قال ابوداودؒ الواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء و المستوصلة المعمول بها و الواشمة التي تجعل الخيلان في وجهها بكحل أو مداد و المستوشمة المعمول بها و المصنفؒ استدل بهذا الحديث على منع بيع شعر الانسان و الانتفاع به لكرامته و هو غير ناجح كذا قيل (٣) قلت ناجح به لأن المدعى عدم جواز بيع شعر الانسان و عدم جواز الانتفاع به و استحقاق اللعن في الوصل يدل على عدم جواز الانتفاع به و عدم جواز الانتفاع يدل على عدم جواز البيع(و إنما يرخص فيما يتخذ من الوبر) أي وبر الجمل (فيزيد فى قرون النساء) أي أصول شعورهن بالتكثير (و ذوائبهن) بالتطويل و هو اتخاذ القراميل. قال الجوهرى (٤) القرامل ما تشدها المرأة

(١)مبتذل. و فى المنجد تبذل و ابتذل: ترك الاحتشام و التصون. (٢)أخرجه الأئمة الستة رحمهم الله تعالى الخ. البخاريؒ فى اللباس باب الوصل فى الشعر و باب الموصولة ص٨٧٩ ج٢ و مسلمؒ فيه باب تحريم فعل الواصلة الخ. ص٢٠٤ ج٢. و الترمذيؒ فيه باب ما جآء فى مواصلة الشعر ص٢٠٨ ج١ و أبوداودؒ فى الترجل باب فى صلة الشعر ص٢٢١ ج٢ و النسائيؒ فى الزينة من السنن الفطرة لعن الواشمة و الموتشمة ص٢٩٢ ج٢. و ابن ماجة فى النكاح باب الواصلة و الواشمة ص١٤٤. قلت و فى الباب عن اسماء بنت أبى بكر و عائشة و أبى هريرة و معاوية و ابن عباس و جابر رضى الله تعالى عنهم أما حديث أسماء بنت أبى بكر رضى الله تعالى عنهما فأخرجه البخاريؒ فى اللباس باب الوصل فى الشعر ص٨٧٩ ج٢. و مسلمؒ فيه باب تحريم فعل الواصلة الخ. ص٢٠٤ ج٢ و النسائيؒ فى الزينة لعن الواصلة و المستوصلة ص٢٩٢ ج٢. و ابن ماجةؒ فى النكاح باب الواصلة و الواشمة ص١٤٤ و أما حديث عائشة رضى الله تعالى عنها فأخرجه البخاريؒ فى اللباس باب الوصل فى الشعر ص٨٧٨ ج٢. و مسلمؒ فيه باب تحريم فعل الواصلة الخ.ص٢٠٤ ج٢ و أما حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه فأخرجه البخاريؒ فى اللباس باب الوصل فى الشعر ص٨٧٨ج٢و أما حديث معاوية رضى الله تعالى عنه فاخرجه البخاريؒ فى اللباس باب الوصل فى الشعر ص٨٧٩ ج٢ و مسلمؒ فيه باب تحريم فعل الواصلة ص٢٠٥ ج٢ و أبوداودؒ فى الترجل باب فى صلة الشعر ص٢٢١ ج٢ و أما حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فأخرجه أبوداودؒ فى الترجل باب فى صلة الشعر ص٢٢٢ ج٢ و أما حديث جابر رضى الله تعالي عنه فأخرجه مسلمؒ في اللباس باب تحريم فعل الواصلة ص٢٠٥ ج٢. (٣)كذا قيل. أقول قائله الحافظ الزيعليؒ فى نصب الراية ص١٥ ج٤. (٤)قال الجوهرى =>

قال و لا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع به قال عليه الصلاة و السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب و هو إسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة و لا بأس ببيعها و الإنتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ و قد ذكرناه فى كتاب الصلاة و لا بأس ببيع عظام الميتة و عصبها و صوفها و قرنها و شعرها و وبرها و الإنتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة و قد قررناه من قبل

في شعرها (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و لا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) أي و لا يجوز بيعها قبل الدباغة قيد بقوله قبل أن تدبغ لأن بعد الدبغ يجوز بلا خلاف بين الفقهاء فإن قيل (١) نجاستها مجاورة باتصال الدسومات و مثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس أجيب بأنها خلقية فما لم تزايل بالدباغ فهى كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فانها بالمجاورة فلا يتغير حكم أصل الثوب (لأنه) أي جلد الميتة قبل الدباغة (غير منتفع به قال عليه الصلاة و السلام) أي قال النبى ﷺ (لا تنتفعوا من الميتة بإهاب) هذا الحديث رواه الأربعةُ (٢) من حديث عبد الله بن عكيم عن النبى ﷺ أنه كتب إلى جهينة قبل موته بشهر أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب و لا عصب و قد تقدم فى كتاب الطهارة فى باب (٣) الماء الذي يجوز الوضوء به و بسطنا الكلام فيه هناك (و هو) أي الاهاب (إسم لغير المدبوغ على ما مر فى كتاب الصلاة) قلت لم يمر إلا فى كتاب الطهارات. (و لا بأس ببيع عظام الميتة و عصبها و صوفها و شعرها و قرنها و وبرها و الانتفاع بهذا كله) و في بعض النسخ بذلك كله أشار به إلى المذكورات قبله (لأنها) أي لأن هذه الأشياء (طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة) لان الموت لا تحل إلا في محل الحياة (و قد قررناه من قبل) و قال الكاكيّ فى كتاب الصلاة و ليس كذلك بل في كتاب الطهارة (٤) بقوله و شعر الميتة

=> فى الصحاح مادة قرمل ص١٨٠١ ج٥. و فى لسان العرب ص٥٥٦ ج١١. القراميل: ما وصلت به الشعر من صوف أو شعر. (١)فان قيل الخ. كذا فى العناية و الكفاية و فتح القدير ص٦٣ ج٦. و فيه أيضا و هذا السوال ليس فى تقرير المصنفّ ما يرد عليه أولا ليحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع إلا بعدم الانتفاع به و انما يرد على من علل بالنجاسة و لا ينبغى أن يعلل بها بطلان البيع أصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع و هى عدم المالية فان بيع السرقين جائز و هو نجس العين للانتفاع به و أما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع بها حينئذ شرعا و الحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك رحمه الله تعالى. (٢)رواه الأربعة رحمهم الله تعالى. ابوداودٌ فى اللباس باب من روى أن لا يستنفع باهاب الميتة ص٢١٦ ج٢. و الترمذيّ فيه باب ما جآء فى جلود الميتة اذا دبغت ص٢٠٦ ج١. و قال هذا حديث حسن و ابن ماجةْ فيه باب من كان لا ينتفع من الميتة باهاب و لا عصب ص٢٦٦. و النسائيّ فى الفرع و العتيرة ما يدبغ به جلود الميتة ص١٩١ ج٢. (٣)باب المآء الخ. البناية ص٢٥٨ ج١. (٤)كتاب الطهارة. البناية ص٢٦٦ ج١.

و الفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله تعالى و عندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه و ينتفع به.

و عظمها طاهر و قد تكلمنا هناك بما فيه من الخلاف مبسوطاً. (و الفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله تعالى) فلا يجوز بيعه مطلقا و لا يجوز الانتفاع به لأنه نوع من الخنزير (و عندهما) أي عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (بمنزلة (١) السباع) يعني ليس بنجس العين كالخنزير (حتى يباع عظمه و ينتفع به) أي بالفيل في الركوب و الحمل و غير ذلك. و يجوز أن يرجع الضمير إلى العظم لما ذكر البخاريّ (٢) في صحيحه عن الزهريّ قال في عظام الموتى نحو الفيل و غيره أدركت ناساً من سلف العلماء يمتشطون بها و يدهنون فيها لا يرون باساً و قال ابن سيرين و ابراهيم رحمهما الله تعالى لا بأس بتجارة العاج. (٣) و قال الكرخيّ في مختصره و أما الفيل فاجمعوا على جواز بيعه و لم يذكر الخلاف و كذلك ذكر في البيوع من كتاب العيون و لكن ذكر في باب الطهارات من العيون عن محمد بن الحسنّ أنه قال الفيل لا يقع عليه الذكاة و

(١) بمنزلة السباع نجس السؤر و اللحم لا العين كذا في فتح القدير. (٢) ذكر البخاريّ في الوضوء باب ما يقع من النجاسات في السمن و المآء ص٣٧ ج١. قلت روى أبوداودّ في الترجل باب ما جآء في الانتفاع بالعاج ص٢٢٧ ج٢. باسناده عن حميد الشامي عن سليمان المنبهي عن ثوبان مولى رسول الله ﷺ أن رسول الله ﷺ قال يا ثوبان اشتر لفاطمة قلادة من عصب و سوارين من عاج و أخرجه البيهقي في الطهارة باب المنع من الادّهان في عظام الفيلة الخ ص٢٦ ج١. و قال الحافظ العينيّ في البناية ص٢٦٨ ج١. و أخرجه ايضا الطبرانيّ في مسنده و ابن عديّ في كامله و محمد بن هارونّ في مسنده. فان قلت قال ابن الجوزيّ حميد و سليمانّ مجهولان و قال في التنقيح و حميد الشاميّ ذكره ابن عديّ و قال انما أنكر عليه هذا الحديث و لا اعلم له غيره قلت روى عن حميد سالم المرادي و صالح بن صالح بن حي و غيلان بن جامع و محمد بن جحادة رحمهم الله تعالى فارتفعت جهالته. و أما سليمانّ فان ابن حبانّ ذكره في الثقات. اهـ. و روى البيهقيّ في الطهارة باب المنع من الادهان في عظام الفيلة الخ ص٢٦ ج١. باسناده عن بقية بن الوليد عن عمرو بن خالد عن قتادة عن انس رضي الله تعالى عنه رأيت رسول الله ﷺ يمتشط بمشط من عاج. ثم قال البيهقيّ رواية بقيةّ عن شيوخه المجهولين ضعيفة. قال الحافظ العينيّ في البناية ص٢٦٨ ج١. قلت لا نسلم أن بقيةّ رواه عن مجهولين فانه رواه عن عمرو بن خالد عن قتادة عن انس رضي الله تعالى عنه. (٣) العاج بتخفيف الجيم جمع عاجة قال الجوهري العاج عظم الفيل و كذا قال في العباب ثم قال و العاج أيضا الذبل و هو ظهر السلحفاة البحرية يتخذ منه السوار و الخاتم و غيرهما قال جرير:

ترى العيس الحولي جوّنا بكوعها ... لها مسكا من غير عاج و لا ذبل

فهذا يدل على أن العاج غير الذبل و لا يسمي و في المحكم و العاج أنياب الفيلة غير العاج نابا و قد أنكر الخليل أن يسمي عاجا سوى أنياب الفيلة و ذكر غيره أن الذبل يسمي عاجا و كذا قاله الخطابي و أنكروا عليه و الذبل بفتح الذال المعجمة و سكون الباء الموحدة قال الأزهري الذبل القرون فاذا كان من عاج فهو مسك و عاج و وقف و اذا كان من ذبل فهو مسك لا غير و في العباب الذبل ظهر السلحفاة البحرية كما ذكرنا الآن و قال بعضهم قال القالي العرب تسمي كل عظم عاجا فان ثبت هذا فلا حجة في الأثر المذكور على طهارة عظم الفيل قلت مع =>

قال و إذا كان السفل لرجل و علوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه و المال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات و منفرداً (١) في رواية و هو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء

إذا دبغ جلده لم يطهر. و روي محمد رحمه الله تعالى في كتاب الحجج عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال لا بأس ببيع عظام (٢) الفيل و غيرها من الميتة و كذلك جلدها إذا دبغ و روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى نحو هذا و ذكر في العيون أيضاً رواية ابراهيم بن رستم عن محمد رحمه الله تعالى في إمرأة (٣) صلت و في عنقها قلادة فيها سن كلب أو أسد أو ثعلب فصلاتها تامة لأنه يقع عليها الذكاة. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان السفل لرجل و علوه (٤) لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال) لأنه يتعلق بالهواء و الهواء ليس بمال (لأن المال ما يمكن إحرازه و المال هو المحل للبيع) و الهواء ليس بمحل و إنما يجوز قبل الإنهدام باعتبار البناء القائم و لم يبق (بخلاف الشرب) هذا (٥) جواب عما يقال الشرب حق الأرض و لهذا قال في كتاب الشرب إذا اشترى أرضاً لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز فأجاب بقوله بخلاف الشرب (حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات و منفرداً) أي و يجوز بيعه أيضاً حال كونه مفرداً (في رواية و هو اختيار مشايخ بلخ لأنه) أي لأن الشرب (حظ من الماء) و الماء عين فكان بيع الشرب بيع العين أو بيع شيء يتعلق بالعين فإن قيل (٦) فعلى هذا ينبغي أن لا يحوز البيع إذا كان الماء معدوماً في الأرض

وجود النقل عن الخليل لا يعتبر بنقل القالي كذا في عمدة القارى ص ١٦١ ج ٣. (١)منفردا -ن- مفردا. (٢)عظام الفيل. قال العلامة النووى الشافعيّ في شرح المهذب ص ٢٣٠ ج ٩. (فرع) مذهبنا المشهور أن عظم الفيل نجس سواء أخذ منه بعد ذكاته أو بعد موته و لا يجوز بيعه و لا يحل ثمنه و بهذا قال طاووس و عطاء بن أبي رباح و عمر بن عبد العزيز و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و قال ابن المنذرّ و رخص فيه عروة بن الزبير و ابن سريج رحمهما الله تعالى. قال ابن المنذرّ مذهب من حرم هو الأصح. اه ملخصا. (٣)امرأة صلت الخ. كذا في البحر ص ١٨٤ ج ١ معزيا الى التجنيس. (٤)علو. و في لسان العرب مادة علا ص ٨٣ ج ١٥. علو كل شي (بالضم) و علوه (بالكسر) و علوه (بالفتح) و علاوته (بالضم) و عاليه و عاليته: أرفعه. قال ابن السكيت: سفل الدار و علوها (بالكسر فيهما) و سفلها و علوها (بالضم فيهما). (٥)هذا جواب الخ. نحوه في العناية ص ٦٤ ج ٦. (٦)فان قيل الخ. كذا في الكفاية ص ٦٥ ج ٦. و نحوه في فتح القدير و فيه أيضا ثم بتقدير أنه حظ من المآء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه و هذا وجه منع مشايخ بخارى رحمهم الله تعالى بيعه مفردا قالوا و تعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذى يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير إجماعا كالاستصناع و السلم لا يقاس عليه و الضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الأوقات و بهذا القدر لا يخالف القياس.

و لهذا يضمن بالإتلاف و له قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب قال و بيع الطريق و هبته جائز و بيع مسيل الماء و هبته باطل و المسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق و المسيل و بيع حق المرور و التسييل فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن له طولاً و عرضاً معلوماً و أما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء

أجيب بانما جوز للضرورة و بفرضية وجوده كما في السلم و الإستصناع. (و لهذا) و لكون الشرب حظاً من الماء (يضمن بالاتلاف) بأن يسقى رجل أرضه بشرب غيره و هو رواية البزدوي و على رواية (١) شيخ الاسلام لا يضمن و قيل يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه و لا يضمن قبل الجمع و قيل في المسألة روايتان و نقل (٢) عن الامام جلال الدين ابن المصنف رحمهما الله تعالى قال الاتلاف أن يكون بأن يشهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء و لا وجه للقول بالضمان بالاتلاف سوى هذه الصورة لأنه لو ضمن بغيرها إما أن يضمن بالسقي أو بمنع حق الشرب لاوجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث و لا وجه الى الثاني لأن منع حق الغير ليس بسبب للضمان بل النسبب منع ملك الغير ولم يوجد (و له) أي للشرب (قسط من الثمن) يعني إذا بيعت أرض و فيها نهر يقع الثمن عليهما (على ماذكره في كتاب (٣) الشرب) قال الاترازي أي من المبسوط قلت هذا على النسخة التي فيها على ما ذكره و في بعض النسخ على ما نذكره بصيغة الجمع فيكون المراد من قوله في كتاب الشرب مسائل الشرب التي ذكرها في كرى الأنهار في كتاب إحياء الموات. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و بيع الطريق و هبته جائز و بيع مسيل الماء و هبته باطل) هذا لفظ محمد رحمه الله تعالى و قال المصنف رحمه الله تعالى (و المسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق و المسيل و بيع حق المرور و التسييل فإن كان الأول) و هو بيع رقبة الطريق و المسيل (فوجه الفرق بين المسألتين) و هما بيع رقبة الطريق و بيع مسيل الماء (أن الطريق معلوم لأن له) أي للطريق (طولاً و عرضاً معلوماً) فإن عرضه مقدار باب الدار و طوله إلى السكة النافذة غالباً فيجوز البيع (و أما المسيل) أي مسيل الماء (فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله) أي قدر ما يشغل المسيل (من المآء) لأنه

---

(١)و على رواية شيخ الاسلام الخ. و في المنحة على البحر ص١٣٤ ج٦. و الفتوى على أنه لا يضمن كما في الذخيرة. و في الظهيرية: و هو الأصح. (٢)نقل عن الامام الخ. نحوه في فتح القدير ص٦٥ ج٦. (٣)كتاب الشرب فانه قال فيه ادعى رجل شراء ارض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك و سكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الأرض لأن الذى زاد الشرب نقص من ثمن الأرض لأن بعض الثمن مقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن كذا في فتح القدير ص٦٥ ج٦.

و إن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان و وجه الفرق على إحداهما بينه و بين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم و هو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي و على الأرض مجهول لجهالة محله و وجه الفرق بين حق المرور و حق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى و هو البناء فأشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى و هو الارض فأشبه الاعيان

يختلف بقلة الماء و كثرته حتى لو باع رقبة الأرض بمسيل الماء و بين موضعه و حدوده جاز. (و إن كان الثاني) و هو حق المرور و حق تسييل الماء (ففي بيع حق المرور روايتان) أحداهما رواية الزيادات لا يجوز و به أخذ (١) الكرخيّ لجهالته و الأخرى رواية (٢) كتاب القسمة يجوز (و وجه الفرق على إحداهما) أي على إحدى الروايتين (بينه) أي بين حق المرور حيث جاز بيعه على هذه الرواية (و بين حق التسييل) حيث لم يجز بيعه أصلاً (أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم و هو الطريق) لأنه معلوم القدر (أما المسيل على السطح) أي أما حق التسييل ان كان على السطح (فهو نظير حق التعلي) و بيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات (و على الأرض) أي و حق التسييل إن كان على الارض (مجهول لجهالة محله) أي لجهالة قدر ما يشغله الماء (و وجه الفرق بين حق المرور) حيث جاز بيعه على هذه الرواية (و حق التعلي) أي و بين حق التعلي حيث لم يجز أصلاً (على إحدى الروايتين) متعلق بحق المرور لان حق التعلي لا يجوز بيعه في جميع الروايات (أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى و هو البناء) فأخذ حكم ما لا يبقى (فأشبه (٣) المنافع) لانها لا بقاء لها (أما حق المرور يتعلق بعين تبقى و هو الارض فأشبه (٤) الاعيان) لان لها بقاء.

---

(١)و به أخذ الكرخيّ كذا في فتح القدير و صححه الفقيه أبو الليثؒ فانه حق من الحقوق و بيع الحقوق بالانفراد لا يجوز كذا في العناية ص٦٥ ج٦. (٢)رواية كتاب القسمة يجوز. فانه قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة و يترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لاحق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار و الطريق برضاهم يضرب صاحب الأصل بثلثي ثمن الطريق و صاحب الممر بثلث الثمن لأن صاحب الدار اثنان و صاحب الممر واحد و قسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لأن صاحب القليل يساوى صاحب الكثير في الانتفاع انتهى. فقد جعل لصاحب حق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه و هو قول عامة المشايخ رحمهم الله تعالى. كذا في فتح القدير ص٦٦ ج٦. (٣)فأشبه المنافع. و في فتح القدير ص٦٦ ج٦. و أما فرق المصنفؒ بأن حق التعلى يتعلق بالبناء و هو عين لا تبقى فأشبه المنافع بخلاف الأرض فليس بذاك لأن البيع كما يرد على ما يبقى من الأعيان كذلك يرد على ما لا يبقى و ان أشبه المنافع و لذا صحح الفقيه أبو الليثؒ رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لأن بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل و حق المرور. (٤)فأشبه الأعيان و البيع يرد عليها فظهر من هذا أن محل البيع اما الأعيان التى هى أموال أو حق يتعلق بها و فيه نظر لأن السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى هو مال و لا يجوز بيعه كذا في العناية ص٦٦ ج٦.

قال و من باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع و يتخير و الفرق يبتنى على الاصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد رحمه الله تعالى و هو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمي

(قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من باع جارية فإذا هو غلام) ذكر الضمير باعتبار تذكير الخبر و عكسه فإن اشترى عبداً فإذا هو جارية (فلا بيع بينهما) أي لا يجوز البيع و إنما ذكر هذه العبارة لأنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله تعالى فى الجامع و عند زفرٌ يجوز فصار كأنه اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو لم يكن خبازا صح البيع و ثبت له الخيار و هو قياس مذهب الشافعيٌ بفوات الوصف المرغوب فيه و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى انه ثبت له الخيار فى مثل هذا ثم اختلف المشايخٌ فى قول محمد رحمه الله تعالى فلا بيع بينهما انه إما باطل أو فاسد فقال صاحب الايضاحٌ باطل يتعلق العقد بالمسمى و هو معدوم و بيع المعدوم باطل و قال بعضهم أنه فاسد و هو اختيار الكرخيٌ و نقل الاترازيٌ هذا بعد أن قال قال بعضهم في شرحه ثم قال هذا اختلاف عجيب و نقل هذا عن الكرخيٌ عجيب أما الاول فلأن محمداً رحمه الله تعالى قال لا بيع بينهما فهو تنصيص على البطلان لان مثل هذا النفي يدل على الباطل لا الفاسد. و أما الثاني فلأن الكرخيٌ صرح في مختصره بأن اختلاف الصفة إذا أوجب اختلافاً فاحشاً كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس كما إذا (١) باع فصا على أنه ياقوت فكان زجاجاً فالبيع باطل قلت الذي قال هذا هو قول السغناقيٌ و كذا نقله الكاكيٌ في شرحه. قلت قوله فهو تنصيص على البطلان غير مسلم لان البيع الذي وقع بعد كلمة النفي أعم من الباطل و الفاسد و دعوى التعيين تحكم و أما الكرخيٌ فانه يحتمل أن يكون عنه فيه روايتان (بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع و يتخير) أي المشتري (و الفرق) يعني بين المسئلتين (يبتنى (٢) على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله تعالى) و ذلك الأصل متفق عليه و لكن ذكر في كتاب النكاح في وجه قول محمد رحمه الله تعالى في مسألة التزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلا تفاقهم على ذلك الأصل لم يقع الإختلاف بينهم في هذه (٣) المسألة (و هو) أي الأصل (أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى) لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة

(١) كما اذا باع الخ. تمثيل لاختلاف الجنس. (٢) يبتنى على الأصل الخ. و فى البحر ص ١٣٥ ج٦. و الأصل المذكور لمحمد رحمه الله تعالى متفق عليه هنا و يجرى في سائر العقود من النكاح و الاجارة و الصلح عن دم العمد و الخلع و العتق على مال. (٣) فى هذه المسألة يعني من باع جارية الخ.

و يبطل لانعدامه و في متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه و ينعقد لوجوده و يتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب و في مسألتنا الذكر و الانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض. و في الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها و هو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل و الدبس جنسان و الوذاري و الزند نيجي

لأن الإشارة لتعريف الذات فإنه إذا قال هذا صار الذات معيناً و التسمية إعلام الماهية و إنه أمر زائد على أصل الذات فكانت أبلغ في التعريف فلذلك تعلق الحكم بالمسمي لا بالمشار إليه. (و يبطل لانعدامه) أي و يبطل العقد لانعدام المسمي (و في متحدي الجنس يتعلق) أي العقد (بالمشار إليه و ينعقد لوجوده و يتخير) أي المشتري (لفوات الوصف) المرغوب فيه (كمن اشترى (١) عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب) حيث ينعقد العقد و يتخير المشترى (و في مسألتنا) أراد بها المسألة المصدرة و هي قوله و من باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما (و الذكر و الأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض) لأن المطلوب من العبد الإستخدام خارج (٢) الدار و من الأمة الاستخدام داخل الدار كالطبخ أو الكنس و الاستفراش و الاستيلاد و الغلام لا يصلح للاستفراش و الاستيلاد فكان التفاوت بينهما فاحشاً (و في الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها) أي في الأغراض (و هو المعتبر) أي التفاوت هو المعتبر (في هذا) أي في كونهما جنسين متحدين أو مختلفين (دون الأصل) أي أصل المادة و الماهية (كالخل و الدبس جنسان) مع اتحاد أصليهما و هو العنب (و الوذاري) (٣) بكسر الواو و فتحها و بالذال المعجمة و هو ثوب منسوب إلى وذار و هي قرية بسمرقند (و الزندنيجى) (٤) بفتح الزاي و سكون النون و فتح الدال المهملة و كسر

---

(١) كمن اشترى عبدا الخ. و في فتح القدير ص٦٨ ج٦. كان المصنفُ ممن لا يفرق من المشايخ رحمهم الله تعالى بين كون الصفة التي ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أولاً في ثبوت الخيار كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار. و ذهب آخرون منهم صدر الاسلام و ظهير الدين رحمهما الله تعالى الى أنه انما يثبت اذا كان الموجود أنقص و صحح الأول لفوات غرض المشترى و كان مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبداً على أنه كافر فاذا هو مسلم لاخيار له لأنه خير مما عين. و قد يفرق بأن الغرض و هو استخدام العبد بما لا يليق به لا يتفاوت بين مسلم و كافر من الزراعة و أمورها أو التجارة و أمورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة فانه يفيد أن حاجته التى لاجلها اشترى هى هذا الوصف. (٢)خارج الدار كالزراعة و التجارة و الحراثة كذا فى الفتح. (٣)الوذارى الخ. كذا فى المغرب مادة وذر ص٣٤٨ ج٢. و قال ياقوت الحمويّ فى معجم البلدان ص٣٦٩ ج٥. وذار: بالفتح و آخره راء من قرى سمرقند على أربعة فراسخ منها. فيها منارة و جامع و حصن حسن و هى كبيرة كثيرة البساتين و الزروع فى سهل و جبل و مباخس. و وذار وكس من قرى هذا الرستاق لقوم من بنى بكر بن وائل يعرفون بالساعية كانت لهم ولاية و ضيافات و مساع حسنة. و وذار أيضا: قرية باصبهان. اه ملخصا. (٤)الزندنيجي الخ. قال ياقوت الحمويّ =>

على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما و من اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز

النون و بالياء آخر الحروف الساكنة و بالجيم ثوب منسوب إلى زندنة على خلاف القياس و هي من أشهر قصبات بخارى (على ما قالوا جنسان) أي على ما قال المشايخ رحمه الله تعالى في شروح الجامع الصغير أنهما جنسان (مع اتحاد (١) اصلهما) و قالت الحكماء الذكر و الأنثى من بني آدم جنس واحد لاتحادهما في الحقيقة و الجنس (٢) مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة و أهل الحق جعلوهما جنسين لتفاوت المقاصد و الحق معهم لأن اختلاف الحقائق يعرف باختلاف الخواص لا بأصل المادة لأنه لو اعتبر أصل المادة ينبغي أن لا يكون الفرس و الإنسان جنسين لاتحاد مادتهما و هو النطفة. (و من اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني) و به قال (٣) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و اعلم (٤) أن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز عندنا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز) و بعد نقد الثمن يجوز عندنا أيضاً و بالمثل أو الأكثر يجوز بالإجماع سواء كان

=> في معجم البلدان ص ١٥٤ ج٣. زندنه: بفتح أوله و سكون ثانيه و ذال مهملة مفتوحة و نون. قرية كبيرة من قرى بخارى بما وراء النهر. بينها و بين بخارى أربعة فراسخ في شمالي المدينة. و الى هذه القرية تنسب الثياب الزندنجية بزيادة الجيم و هي ثياب مشهورة اه ملخصا. (١)مع اتحاد أصلهما. أي مع اتحاد أصل الوذارى و الزندنيجي و هو القطن. (٢)الجنس مقول الخ. و في فتح القدير ص٦٧ ج٦. الجنس في المنطق الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل و الجنس في الفقه المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشا بلا نظر الى الذاتي. (٣)و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى. و في المغني لابن قدمى الحنبلي ص ٢٥٦ ج٤. و جملة ذلك أن من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقدا لم يجز في قول اكثر اهل العلم. روى ذلك عن ابن عباس و عائشة رضي الله تعالى عنهما و الحسن و ابن سيرين و الشعبي و النخعي رحمهم الله تعالى. و به قال أبوالزناد و ربيعة و عبد العزيز بن أبي سلمة و الثوري و الأوزاعي و مالك و اسحاق و أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى و أجازه الشافعي. (٤)اعلم أن شراء الخ. و في البحر ص ١٣٦ ج٦. قول صاحب الكنز (و شراء ما باع بالأقل قبل النقد) أي لم يجز شراء البائع ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. أطلق في الشراء فشمل شراءه من كل وجه و الشراء من وجه كشراء من لا تجوز شهادته له فانه لا يجوز أيضا كشرائه بنفسه خلافا لهما في غير العبد و المكاتب و أطلق فيما باعه فشمل ما باعه بنفسه أو بوكيله و ما باعه اصالة أو وكالة كما شمل الشراء لنفسه و لغيره اذا كان هو البائع و شمل أيضا شراء الكل أو البعض كما في القنية. و خرج شراء وارث البيع و وكيله عند الامام لأن العقد وقع له لكونه أصيلا في الحقوق خلافا لهما لكونه قائما مقامه و لكن لا تطيب له الزيادة عند الامام و ان ملكها. و أما شراء البائع ممن اشترى من مشتريه فجائز وفاقا. =>

لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع و من غيره سواء و صار كما لو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض و لنا قول عائشة رضي الله تعالى عنها لتلك المرأة و قد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة بئس ما شريت و اشتريت أبلغي زيد ابن أرقم رضي الله تعالى عنه

قبل نقد الثمن أو بعده و كذا يجوز قبل نقد الثمن إذا اشترى بعرض قيمته أقل منه (لأن الملك) أي ملك المشتري (قد تم فيها) أي في الجارية (بالقبض فصار البيع من البائع و من غيره سواء و صار) أي حكم هذا (كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة) من الثمن الأول (أو بالعرض) يعني باعها منه بالعرض قبل نقد الثمن و قيمة العرض أقل من قيمة الألف يجوز بالإجماع و قيد بالعرض لأنه لو باعها منه بالدنانير و قيمة الدنانير أقل من الألف لا يجوز عندنا استحساناً و يجوز قياساً و هو قول زفرؒ و قال الكاكيؒ و في بعض الحواشي مال كثير من مشايخنا كالكرخي و الزعفراني و الصفار رحمهم الله تعالى إلى قول الشافعي رحمه الله تعالى في هذه المسألة و القياس ما قاله و لكن ما وجدته في كتب عندي (و لنا قول عائشة رضي الله تعالى عنها بتلك المرأة و قد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمئة بئس ما شريت و اشتريت أبلغي زيد بن أرقم رضي الله تعالى عنه

=> و شرط في السراج الوهاج لجواز شراء وارث البائع أن يكون ممن تجوز شهادته للمورث في حياته و إلا لا يجوز و هو قيد حسن أغفله كثير و ان كان معلوما من بيان حكم شراء من لا تجوز شهادته له و أراد المؤلفؒ الشراء من مشتريه حقيقة أو حكما كالشراء من وارث مشتريه. و قيد بما باع لأن المبيع لو انتقص خرج أن يكون شراء ما باع فيكون النقصان من الثمن في مقابلة ما نقص من العين سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها أو باكثر منه و على هذا تفرع ما قالوا لو ولدت الجارية عند المشترى ثم اشتراها البائع بأقل إن كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشترى ثم اشراها منه بالأقل و ان لم تنقصها لا يجوز لأنه يحصل به ربح لم يدخل في ضمانه كذا في فتح القدير (ص٧٣ ج٦). و لا بد أن يكون النقصان فيها من حيث الذات لأن العين لو نقصت قيمتها بتغير الأسعار لم يجز الشراء بالأقل لأن تغيير السعر غير معتبر في حق الأحكام لأنه فتور في الرغبات لا فوات جزء كما في حق الغاصب و غيره فعاد اليه كما خرج عن ملكه فظهر الربح. و قيد بالأقل احترازا عن المثل أو الاكثر فانه جائز و لا بد من اتحاد جنس الثمنين لأنه حينئذ يظهر النقصان فان اختلف الجنس جاز مطلقا و الدارهم و الدنانير هنا جنس واحد احتياطا و قدمنا أنهما جنسان إلا في ثمانية في أول البيوع فاذا كان النقد الثاني أقل من قيمة الأول لم يجز. و أطلق في الأقلية فشمل الأقل قدرا و الأقل وصفا. فلو باع بألف نسيئة إلى سنة ثم اشتراه بألف نسيئة إلى سنتين فسد عندنا. و قيد بقوله قبل النقد اذ بعده لا فساد و في القنية: لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجز و كذا لو أحال البائع على المشترى اه. و في السراج الوهاج: لا يجوز أن يشتريه بأقل من الثمن و ان بقي من ثمنه درهم و لا بد من نقد جميع الثمن. وٓ لو خرج المبيع عن ملك المشترى ثم عاد اليه فان عاد إليه بحكم ملك جديد كالاقالة قبل القبض أو بعده أو بالشراء أو الهبة أو بالميراث فشراء البائع منه بالأقل جائز. و ان عاد اليه بما هو فسخ بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فالشراء منه بالأقل لا يجوز كذا في السراج الوهاج. اه ملخصا.

ان الله تعالى أبطل حجه و جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب.

ان الله تعالى أبطل حجه و جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب). هذا أخرجه (١) عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر و الثوري عن أبي إسحاق عن امرأته انها دخلت على عائشة رضي الله تعالى عنها في نسوة فسألتها إمرأة فقالت يا أم المؤمنين كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم رضي الله تعالى عنه بثمان مائة إلى أجل ثم اشتريتها منه بستمائة فنقدته الستمائة و كتبت عليه ثمان مائة فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها بئس و الله ما اشتريت و بئس و الله ما اشترى أخبري زيد بن أرقم رضي الله تعالى عنه أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب فقالت المرأة لعائشة رضي الله تعالى عنها أرأيت إن أخذت رأس مالي و رددت عليه الفضل قالت ﴿من جاءه (٢) موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾ الآية أو قالت ﴿ان تبتم (٣) فلكم رؤوس أموالكم﴾...... الآية. و أخرجه الدار قطني (٤) ثم البيهقي في سننيهما عن يونس بن أبي إسحاق الهمداني عن أمه العالية قالت كنت قاعدة عند عائشة رضي الله تعالى عنها فأتتها أم محبة فقالت اني بعت زيد بن ارقم رضي الله تعالى عنه جارية إلى عطاءه فذكر بنحوه و قال الدارقطني أم محبة و العالية مجهولتان لا يحتج بهما قلت بل العالية إمرأة معروفة جليلة القدر ذكرها ابن سعد (٥) في الطبقات فقال العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي سمعت من عائشة رضي الله تعالى عنها انتهى. و أم محبة بضم الميم و كسر الحاء كذا ضبطه الدارقطني في كتاب المؤتلف و المختلف. و رواه أبو حنيفة رحمه الله تعالى (٦) في مسنده عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأة أبي السفر ان امرأة

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في البيوع باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراها بنقد ص ١٨٤ ج ٨. (٢) من جاءه الآية. البقرة: ٢٧٥. (٣) ان تبتم الآية. البقرة: ٢٧٩. (٤) أخرجه الدارقطني في البيوع ص ٥٢ ج ٣ و البيهقي فيه باب الرجل يبيع الشيء الى أجل ثم يشتريه بأقل ص ٣٣٠ ج ٥. و في نصب الراية ص ١٦ ج ٤. و رواه احمد رحمه الله تعالى في مسنده حدثنا محمد بن جعفر ثنا شعبة عن ابي اسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله تعالى عنها هي و أم ولد زيد بن أرقم رضي الله تعالى عنه فقالت أم ولد زيد رضي الله تعالى عنه لعائشة رضي الله تعالى عنها اني بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة و اشتريت بستمائة نقدا فقالت أبلغي زيدا ان قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن تتوب بئس ما اشتريت و بئس ما شريت انتهى. قال في "التنقيح" هذا اسناد جيد. (٥) ذكرها ابن سعد في الطبقات ص ٣٥٧ ج ٨. كذا في نصب الراية مع الهامش ص ١٦ ج ٤. و قال العلامة المارديني في الجوهر النقي على البيقهي ص ٣٣٠ ج ٥. قلت العالية معروفة روى عنها زوجها و ابنها (يونس بن أبي اسحاق عند البيهقي و غيره) و هما امامان و ذكرها ابن حبان في الثقات من التابعين و ذهب الى حديثها هذا الثوري و الأوزاعي و أبو حنيفة و أصحابه و مالك و ابن حنبل و الحسن بن صالح رحمهم الله تعالى و روى عن الشعبي و الحكم و حماد رحمهم الله تعالى فمنعوا ذلك كذا في الاستذكار. (٦) رواه أبو حنيفة رحمه الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير ص ٧٠ ج ٦.

....

قالت لعائشة رضى الله تعالى عنها إن زيد بن أرقم رضى الله تعالى عنه باعني جارية بثمان مائة درهم و اشتراها مني بستمائة فقالت أبلغيه عني ان الله عز و جل (١) قد أبطل جهاده إن لم يتب وجه (٢) الاستدلال أنها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج و الجهاد مع رسول الله ﷺ إن لم يتب و أجزية الأفعال لا تعلم بالرأي فكان مسموعاً من رسول الله ﷺ و العقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسداً و أن زيداً رضى الله تعالى عنه اعتذر إليها و هو دليل على كونه مسموعاً لأن في المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضاً و ما كان أحدهما يعتذر إلى صاحبه فإن قلت (٣) يجوز أن يكون إلحاق الوعيد لكون البيع إلى العطاء و هو أجل مجهول و الجواب أنه ثبت من مذهبها جواز البيع الى العطاء و هو مذهب علي رض الله تعالى عنه و ابن أبي ليليٌّ و آخرين فلا يكون كذلك فإن قلت لم كرهت العقد الأول مع أن الفساد في العقد الثاني قلت لأنهما تطرقا به إلى الثاني كالسفر يكون محظوراً إذا كان لقطع الطريق و إن كان السفر مباحاً في نفسه فإن قلت القبض غير مذكور

(١)ان الله عز و جل قد أبطل الخ. أقول هذا على سبيل التوبيخ و التهديد كذا في الحاشية السعدية. (٢)وجه الاستدلال الخ. كذا في العناية ص٦٩ ج٦. (٣)فان قلت الخ. نحو هذه الأسئلة و الأجوبة في العناية ص٦٩ ج٦. و قال المحدث الناقد العثمانيّ في إعلاء السنن ص١٤٣ ج١٤. فإن قيل: إن زيد بن أرقم رضى الله تعالى عنه لا يبيع إلا ما يراه حلالا و لا يبتاع إلا مثله و لو أن رجلا باع شيئا أو ابتاعه نراه نحن محرما و هو يراه حلالا لم نزعم ان الله عز و جل يحيط به من عمله شيئا كما قاله البيهقي نقلا عن الإمام الشافعيّ. قلنا: لما كان فعل زيد بن أرقم رضى الله تعالى عنه اجتهادا بمعرض النص أنكرت عائشة رضى الله تعالى عنه فعله إنكارا بليغا و هكذا يكون إنكار من كان متمسكا بنص على من لا نص عنده ألا ترى إلى أبى أسيد كيف أغلظ القول لابن عباس رضى الله تعالى عنه حين رآه يفتي بالدينارين و الدرهم بالدرهمين يدا بيد؟ حتى قاله ابن عباس رضى الله تعالى عنه: "ما كنت أظن أن أحدا يعرف قرابتي من رسول الله ﷺ يقول لى مثل هذا يا أبا أسيد" الحديث، رواه الطبرانيّ في الكبير و إسناده حسن (مجمع الزوائد ٤: ١١٤). و بهذا اندفع قول ابن حزم في المحلى: قال الحنفيون و المالكيون بتحريم البيع المذكور تقليدا لعائشة أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها و لم يقلدوا زيد بن أرقم رضى الله تعالى في جوازه. (قلنا: قد أنكرت عائشة رضى الله تعالى عنها فعل زيد و لم ينكر هو قول أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها و لو كان قد أنكر لنقل و لو في رواية) قال: و قالوا: مثل هذا القول عن أم المؤمنين لا يكون إلا عن توقيف من رسول الله ﷺ و لم يقولوا: إن فعل زيد لا يكون إلا عن توقيف من رسول الله ﷺ لأن ما كان طريقه التوقيف فليست هى أولى بالقول من زيد بن أرقم رضى الله تعالى عنه اه. (٨: ٤٤٦). قلنا: هذا كلام من لم يذق الفقه و الدراية و لا قلامة ظفر فشتان بين الفعل و القول و شتان بين القول بالرأى و بين قول عائشة رضى الله تعالى عنها: أبلغي زيد بن أرقم رضى الله تعالى عنه أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب و لو كان فعل زيد عن توقيف من رسول الله ﷺ لأبرز حجة و لم يكتمها بعد ما بلغه إنكار عائشة رضى الله تعالى عنها فعله أبلغ إنكار فافهم و لا تدحض الحق بالباطل لتغر به السفهاء.

و لان الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع و وقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة و ذلك بلا عوض بخلاف ما إذا با ع بالعرض لان الفضل إنما يظهر عند المجانسة قال و من اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها و أخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع و يبطل في الاخرى لانه

في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل القبض قلت تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا لا لعدم القبض فإن قلت الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد على الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد قلت الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً (و لأن الثمن لم يدخل في ضمانه) أي في ضمان البائع قبل القبض (فإذا وصل إليه المبيع و وقعت المقاصة) أي بين الثمن في البيع الاول و بين الثمن في البيع الثاني (بقي له فضل خمسمائة و ذلك بلا عوض) فهذا ربح حصل لا على ضمانه و نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن (بخلاف ما إذا با ع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة) ولا يظهر عند مخالفة الجنس و قال الكرخيّ في مختصره و إن اشتراه والد البائع و ان علا أو ولده و ان سفل أو من لا يجوز شهادته للبائع و لا شهادة البائع له لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى ذلك جائز و لا يجوز للمولى أن يشتري ما باعه مكاتبه أو عبده المأذون بأقل من الثمن الذى با ع بالاتفاق فإن وكل البائع من يشتريه بأقل من الثمن الاول فاشتراه فالشراء جائز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبويوسف رحمه الله تعالى الشراء لازم للوكيل و لا يلزم الآمر و قال محمد رحمه الله تعالى يلزم الآمر شراًء فاسداً و قال في شرح الطحاويّ إذا مات المشترى فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لان الوارث يقوم مقام المورث و لو مات البائع فاشترى وارثه من المشتري جاز الشراء إذا كان الوارث ممن يجوز شهادته للبائع في حال الحياة و قرابته من البائع لا يمنع و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه قال لا يجوز شراء وارث البائع أيضاً كوارث المشتري. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها و أخرى) أى و جارية أخرى (معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها) أي في الجارية التي لم يشترها (من البائع و يبطل) أي البيع (في الاخرى) اي في الجاية الاخرى و هذه المسألة من فروع المسألة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما با ع بأقل مما با ع قبل نقد الثمن و لهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع و بين ذلك بقوله (لانه) أي لأن المشتري لما با ع الجاريتين بخمسمائة إحداهما هي التي اشتراها من البائع

لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه. فيكون مشترياً للاخرى بأقل مما باع و هو فاسدعندنا و لم يوجد هذا المعنى في صاحبتها و لا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه أو لانه باعتبار شبهة الربا

في المرة الاولى بخمسمائة و الاخرى هي التي لم يشترها منه (لا بد (١) ان يجعل بعض الثمن) في البيع الثاني (بمقابلة التي) اي بمقابلة الجارية التي (لم يشترها منه). فلا محالة ان يكون ثمن الجارية التي بيعت اولاً اقل مما بيعت (فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع و هو فاسد عندنا) كما في المسألة المتقدمة (و لم يوجد هذا المعنى) و هو الشراء بأقل مما باع (في صاحبتها) و هي الجارية التي ضمها إلى الجارية المبيعة لانه ما اشتراها منه حتى باع بأقل منه فيجوز لعدم المفسد (و لا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها) أي لان الفساد ضعيف في الجارية المشتراة (لكونه) اي لكون فساد شراء ما باع بأقل مما باع (مجتهداً فيه) فان عند الشافعي رحمه الله تعالى يجوز فلما ضعف الفساد في الجارية المشتراة لم يتعد الفساد الى المضمومة اليها كما لو باع قنا و مدبرا حيث يصح البيع في القن و لم يتعد فساد بيع المدبر الى القن لكون بيع المدبر مجتهدا فيه بخلاف الجمع بين الحر و العبد في عقد واحد حيث يشيع الفساد في القن لان الفساد في الحر قوي مجمع عليه فان قلت يشكل بما إذا اسلم حنطة في شعير و زيت و بين حصته كالواحد و دفع رأس المال إليه فان السلم في الزيت لا يجوز و إن كان الفساد في هذا العقد مجتهداً فيه فان اسلام الحنطة في الشعير جائز عند الشافعي رحمه الله تعالى قلت بنى عقد السلم على المضايقة لتوقف الجواز على شرائط لم يتوقف عليها مطلق البيع فلا يلزم من تأثير الضعف فيه تأثيره فيما بنى على التوسع (أو لأنه) أي أو لأن الفساد في المشتراة (باعتبار شبهة الربا) فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت إلى المشتراة كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة و المعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة و بيان ذلك ما ذكره الإمام قاضي خان و هو أن في المسألة الأولى إنما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع لشبهة الربا و ذلك لأن الألف و ان وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها

---

(١) لا بد أن يجعل الخ. و في العناية ص ٧١ ج٦. و نوقض بما اذا باعهما بألف و خمسمائة فان البيع فاسد ذكرها في جامعهما العلمان في الاتقان شمس الأئمة و فخر الاسلام رحمهما الله تعالى و لو كان الفساد في المسألة الموضوعة في الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لأن عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجرى فيه الأصل المذكور. و في فتح القدير ص ٧٢ ج٦. و الحق أن بينهما فرقا فان هناك الموجبات متحققة و هنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر إلا وكادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له و مع ذلك لم يعمل المجوز الذى وجد و تحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل.

أو لانه طار لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها قال و من اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد و إن اشترى

عيباً فيردها فيسقط الثمن عن المشترى و بالبيع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا ألفاً بخمسمائة من هذا الوجه و الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا احتياطاً (أو لأنه) أي لأن الفساد فى المشتراة (طار) فلا يتعدى إلى الأخرى (لأنه) أى لأن الفساد (يظهر بانقسام الثمن) و حاصل الكلام أن لظهور الفساد فى المشتراة وجهين أحدهما انقسام الثمن و الآخر هو قوله (أو المقاصة). أما بيان انقسام الثمن فيما قال تاج الشريعة أو لأنه طارىء يعني أن فساد العقد في البعض إنما يؤثر في الباقي إذا كان المفسد مقارناً و هاهنا طارىء لأنه ما شرط في العقد أن يكون بإزاء ما باعه بأقل من الثمن الأول بل جعل كل الثمن بمقابلة الجاريتين ثم ينقسم الثمن إذا وقعت المقاصة بين الثمن الثاني و الأول و يبقى من الثمن الأول فضل يستحق الفساد و المقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع الأول بالعقد الثاني فيكون طارئاً. و أما بيان المقاصة فلأنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية و المقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها و ذلك لا شك في طرئه (فلا يسري إلى غيرها) أي فلا يسري الفساد إلى غير المشتراة كما إذا با ع عبدين صفقة و بين ثمن كل واحد منهما و في ثمن أحدهما أجل إلى الحصاد فسد البيع فيه و لا يتعدى الى الآخر فكذا ما نحن فيه. أو جمع بين عبد و مدبر و باعهما صفقة فإن البيع لا يفسد فى القن لفساد بيع المدبر لمعنى فيه. و قال شمس الأئمة (١) فى مبسوطه في هذه المسألة فإن قيل ينبغي أن يجعل بمقابلة ما با ع مثل الثمن الأول احتيالا لتصحيح العقد قلنا هذا الوجه غير متعين للتصحيح فإنه و إن جعل بمقابلة أكثر من الثمن الأول يجوز العقد أيضا و عند المقاصة لا يترجح البعض على البعض من غير دليل و فيه نوع تأمل فإن قيل ينبغي أن يفسد العقد فى الآخر لأن قبول العقد فى ذلك شرط لقبول العقد فى الآخر و هو شرط فاسد كما هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى في نظائرها قلنا قبول العقد فيه ليس بشرط فاسد ألا ترى أن ثمنه لو كان مثل الثمن الأول أو خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحاً و إنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه و هذا المعنى يقتصر على العبد الذي باعه و لا يتعدى إلى العقد في العبد الثاني. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد و إن اشترى

---

(١) قال شمس الأئمة فى مبسوطه ص ١٢٧ ج ١٣.

على يطرح عنه بوزن الظرف جاز لأن الشرط الاول لا يقتضيه العقد و الثاني يقتضيه قال و من الشترى سمناً في زق فرد الظرف و هو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا و هو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لأنه ان اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضميناً كان أو أميناً و إن اعتبر اختلافاً

على أن يطرح عنه) أي يطرح البائع عن المشتري (بوزن الظرف جاز) أي البيع (لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد) فإن مقتضاه أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد و عسى أن يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه و أيضاً ففيه نفع لاحد المتعاقدين لأن زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع و هو نفع للمشتري و قد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا فى مقابلة مبيع و فيه نفع للبائع و أيضا ففيه جهالة المبيع لأن وزن الظرف لو كان أقل من خمسين يجب تكميله فيخرج عن المبيع بعض الزيت و لا يدرى كم مقداره و إن كان وزن الظرف أكثر منها وجب ضم نفس الظرف إلى الزيت و لا يدري كم يكون. (و الثانى) أي الشرط الثاني و هو طرح وزن الظرف (يقتضيه) أي العقد لان طرح الظرف بوزنه شرط يوجبه العقد لان الظرف غير مبيع و طرح وزن الظرف واجب فيكون شرطاً ملائماً للعقد فلا يفسد العقد به كذا في جامع البزدوي (قال و من اشترى (١) سمناً فى زق (٢) فرد الظرف و هو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا و هو خمسة أرطال) صورة المسألة فى الجامع محمد رحمه الله تعالى عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى رجل اشترى من رجل السمن الذي فى هذا الزق كل رطل بدرهم فوزن له السمن بالزق فبلغ مائة رطل و قبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت السمن تسعين رطلاً و الزق هذا وزنه عشرة أرطال و قال البائع الزق غير هذا وزنه خمسة أرطال و السمن خمسة و تسعون رطلاً قال هذا جائز (فالقول قول المشتري) أي مع يمينه إذا لم يقم البائع البينة. (لانه) أي لان هذا الإختلاف (إن اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض

(١)و من اشترى الخ. أقول ذكره استطرادى فانه ليس من مسائل البيع الفاسد كذا فى السعدية. (٢) زق. و فى لسان العرب مادة زقق ص١٤٣ ج١٠. (قال) الاصمعي: الزّق (بالكسر): الذى يسوّى (على صيغة المجهول) سقاء أو وطبا أو حميتا. و الزّق (بالكسر): السقاء و جمع القلة أزقاق و الكثير زقاق (بالكسر) و زقان (بضم الزاء مع تشديد القاف) مثل ذئب و ذؤبان. و الزّق من الأهب: كل وعاء اتخذ لشراب و نحوه. و قيل: لا يسمى زقًا حتى يسلخ من قبل عنقه و تزقيقه سلخه من قبل رأسه على خلاف ما يسلخ الناس اليوم و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: الزق هو الذى ينقل فيه و فى بعض النسخ تنقل فيه أي الذى تنقل فيه الخمر والجمع أزقاق و أزق (بالفتح فالضم) عن الهجرى كنطع و أنطع و زقاق (بالكسر) و زقان (مثل ذؤبان) عن سيبويه اه ملخصا.

في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة قال و إذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يجوز على المسلم و على هذا الخلاف الخنزير

ضمنياً كان) كالغاصب (أو أميناً) كالمودع (و إن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة) و القول قول المنكر مع يمينه فإن قيل (١) الإختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول إلى الحلف أجيب بانه يوجبه إذا كان قصداً و هذا ضمني لوقوعه في ضمن الإختلاف في الزق و الفقه فيه أن الإختلاف الإبتدائي في الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع خلاف عقد الآخر و أما الإختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب اختلافهما في العقد فلا يوجبه. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يجوز على المسلم) يعني يبطل و لا ينفذ على المسلم و به قال (٢) الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى (و على هذا الخلاف الخنزير) إذا وكل المسلم

---

(١)فان قبل الخ. كذا في العناية ص٧٤ ج٦. و نحوه في فتح القدير و فيه أيضا و استشكل بما اذا باع عبدين و قبضهما المشترى و مات أحدهما عنده و جآء بالآخر يرده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتى في باب التحالف. أجيب بأنها مع هذه طرد فان كون القول للمشترى لانكاره الزيادة و هناك انما كان للبائع لانكاره الزيادة. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير ص٧٥ ج٦. و راجع شرح المهذب للنووى الشافعيّ ص٢٢٧ ج٩. و المغنى لابن قدامى الحنبلىّ ص٢٨٤ ج٤. و قال المحدث الناقد العثمانىّ في اعلاء السنن ص١١٧ ج١٤. قال العبد الضعيف: و قال ابن حزم في المحلى: لا يحل بيع الخمر لا لمؤمن و لا لكافر و لا بيع الخنازير كذلك و لا شعورها و لا شيء منها و لا بيع صليب و لا صنم و لا ميتة و لا دم إلا المسك وحده فهو حلال بيعه و ملكه فمن باع من المحرم الذى ذكرنا شيئا فسخ أبداً. و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا أمر المسلم نصرانياً بأن يشترى له خمرا جاز ذلك و هذه من شنعه التى نعوذ بالله من مثلها اه ملخصاً (٩:٨-٩). قلت: أبو حنيفة رحمه الله تعالى أعلم منك و من ألوف أمثالك بمعانى الكتاب و السنة و أعرف بالآثار فقد روى أبو عبيدؒ في الأموال: حدثنا عبد الرحمن عن سفيان بن سعيد (هو الثورى) عن إبراهيم بن عبد الأعلى الجعفى عن سويد بن غفلة قال: بلغ عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أن ناسا يأخذون الجزية من الخنازير و قال بلال: فقال: إنهم ليفعلون فقال عمر: لا تفعلوا و لهم بيعها. قال أبو عبيدؒ: و حدثنا الأنصارى محمد بن عبدالله عن إسرائيل عن إبراهيم بن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة: أن بلالا رضى الله تعالى عنه قال لعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه: إن عمالك يأخذون الخمر و الخنازير في الخراج فقال: لا تأخذوها منهم و لكن ولوهم ببيعها و خذوا أنتم من الثمن. (و هذان سندان صحيحان كما ترى). قال أبو عبيدؒ: يريد أن المسلمينؒ كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر و الخنزير من جزية رؤوسهم و خراج أراضيهم بقيمتها ثم يتولى المسلمون بيعها فهذا الذى انكره بلال رضى الله تعالى عنه و نهى عنه عمر رضى الله تعالى عنه ثم رخص لهم أن يأخذوا ذلك من أثمانها =>

و على هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه

نصرانياً ببيع خنزير أو شرائه (و على هذا) أي الخلاف (توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما) أي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان الموكل لا يليه) أي لا يلي التصرف الذي أمره للنصراني

=> إذا كان أهل الذمة المتولين لبيعها لأن الخمر و الخنزير مال من أموال أهل الذمة و لا تكون مالا للمسلمين اه (ص ٥٠) فهذا عمر رضى الله تعالى عنه قد أجاز لأهل الذمة بيع الخمر و الخنازير و أجاز للمسلمين أخذ أثمانهما في الجزية و الخراج و ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم و لم ينكر عليه منكر فهل تراهم قد أحلوا ما حرم الله عليهم و لم يحل لهم؟ و إذا جاز لأهل الذمة بيع هذه الأشياء و للمسلم أخذ أثمانها منهم فما ذا على أبي حنيفة رحمه الله تعالى لو قال بجواز توكيل المسلم الذمي بالتجارة فيها؟ فإن ذلك داخل في عموم قول عمر رضى الله تعالى عنه: ولو هم بيعها و خذوا أنتم من الثمن: فهل هذا من شنع أبي حنيفة رحمه الله تعالى أو من محاسنه التي أخذها عن الخليفة الراشد المهدى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه و من حضره من الصحابة رضى الله تعالى عنهم؟ و لكن ابن حزم لا يدرى ما يخرج من رأسه. و أما قوله: و من أجاز لهم أي لليهود و النصارى و المجوس بيع الخمر ظاهرا و شرائها كذلك و تملكها علانية و تملك الخنازير كذلك لأنهم من دينهم بزعمه و صدقهم في ذلك لزمه أن يتركهم أن يقيموا شرائعهم في بيع من زنى من النصارى الأحرار و خصاء القسيس إذا زنى و قتل من يرون قتله و هم لا يفعلون ذلك فظهر تناقضم اه. ففيه أنا لا نجيز لهم بيع الخمر و الخنزير علانية ظاهراً في بلاد المسلمين و إنما لهم ذلك سراً هذا حكم أهل الذمة و أما أهل الصلح الذين صالحنا هم على قدر معلوم من المال و لم نجعلهم ذمة لنا فنتركهم و ما يدينون لأنهم لم يندبوا المال إلا على ذلك. فلا يرد علينا ما رواه عن على رضى الله تعالى عنه: أنه بلغه في قرية تدعى زرارة أنها يلحم فيها و يباع فيها الخمر فقال: على بالنيران اضرموها فيها فاحترقت و عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه: أن رجلا من أهل السواد أثرى في تجارة الخمر فكتب أن أكسروا كل شيء قدرتم له عليه و سيروا كل ماشية له و لا يؤوين أحد له شيئا قال فهذا حكم على و عمر بحضرة الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيمن باع الخمر من المشركين و لا مخالف لهم يعرف من الصحابة رضى الله تعالى عنهم اه (٩:٩) قلنا: أما حكم على رضى الله تعالى عنه في زرارة فإنه إنما أحرقها لكون الخمر كانت تباع في سوقها علانية و هذا لم يقل بجوازه في بلاد الإسلام أحد و أما حكم عمر رضى الله تعالى عنه في رجل أثرى في تجارة الخمر فإن الرجل كان من أهل المدينة من المسلمين و اسمه رويشد فسماه عمر رضى الله تعالى عنه فويسقا و كان من ثقيف ذكره أبوعبيد في الأموال (٩٦) سلمنا أنه كان من المشركين فيحمل على أنه كان يبيع الخمر علانية و لم يقل أحد بإجازة ذلك لأهل الذمة في أمصار المسلمين و الله تعالى أعلم. انتهى ما في اعلاء السنن. و روى الترمذى في البيوع باب ما جاء في النهي للمسلم أن يدفع إلى الذمي الخمر يبيعها له ص١٥٢ ج١. عن أبي سعيد رضى الله تعالى عنه قال كان عندنا خمر ليتيم فلما نزلت المائدة سألت رسول الله ﷺ و قلت إنه ليتيم قال أهريقوه. و قال الترمذى حديث أبي سعيد رضى الله تعالى عنه حديث حسن و قد روى من غير وجه عن النبي ﷺ نحو هذا. و قال الفقيه المحدث العثماني في اعلاء السنن ص١٤٤ ج١٤. تحت هذا الحديث. أقول يمكن أن يستدل بالحديث على عدم صحة توكيل الملسم الذمي ببيع خمره لأنه لو كان هذا صحيحا لما أمر النبي ﷺ باهراق خمر اليتيم بل أمر بتوكيل الذمي ببيعه. و الجواب عنه أن الأمر بالإهراق لا يدل على عدم صحة التوكيل أما أولا: فلأن هذه الواقعة من وقائع أول التحريم و قد كان إذاً شدة في الأمر حيث أمر بكسر أواني الخمر و لم يبح استعمالها فيمكن أن يكون الأمر بالإهراق من قبيل الأمر بكسر الأواني و ثانيا: أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لا يقول بإباحة التوكيل =>

فلا يوليه غيره و لان ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز و لابى حنيفة رحمه الله تعالى أن العاقد هو الوكيل بأهليته و ولايته و انتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما إذا ورثهما. ثم إن كان خمراً يخللها و إن كان خنزيراً يسيبه

(فلا يوليه غيره) لان المسلم لا يملك بنفسه فلا يملك غيره لان تمليك ما لا يملك لا يجوز كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية (و لان ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز) يعني مباشرته بنفسه لا يجوز فكذا التوكيل به (و لابى حنيفة رحمه الله تعالى أن العاقد هو الوكيل باهليته) لان النصراني من أهل المباشرة ذلك (و ولايته) أي و ولاية العاقد ذلك (و انتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي) جواب عن قولهما كما ثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل بيانه أن انتقال الملك إلى الآمر و هو الموكل حكمي يعني جبري لا اختياري فلذلك لم يجعل كالمباشر بنفسه (فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما) أي كما إذا ورث المسلم الخمر و الخنزير بأن كان أبو المسلم نصرانياً أسلم و ترك خمراً و خنزيراً فصار كمسلم له عبد نصراني مأذون أو مكاتب اشترى خمراً صح و ثبت الملك للمولى بالاتفاق فإن قلت الوراثة أمر جبري و التوكيل اختياري. فأنى يتشابهان أجيب بأن ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت بدون اختياره شاء كما في الموت. (ثم) لما صح شراء الوكيل (إن كان) الموكل به (خمراً يخللها) أي الموكل (و إن كان (١) خنزيراً يسيبه) لكن قالوا (٢) هذه الوكالة مكروهة أشد الكراهة و قال الفقيه أبو الليث فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى

=> بل بصحتها لأنه قال ابن الهمام في الفتح (ص٧٦ ج٦) "و قد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة". و الصحة لا تستلزم الاباحة و لا عدم الاباحة يستلزم عدم الصحة فلا حجة في الحديث على عدم الصحة بل غايته هو الدلالة على عدم الاباحة و قد عرفت أنه لا يستلزم عدم الصحة فاندفع الإحتجاج. (١) و ان كان خنزيراً يسيبه. و في المنحة على البحر ص ١٤٠ ج٦. انظر لم يقولوا يقتله مع أن تسييب السوائب لا يحل. (٢) لكن قالوا الخ. و في فتح القدير (ص٧٦ ج٦). بقي أن يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن و في الشراء أن يسيب الخنزير و يريق الخمر أو يخللها بقي تصرفا غير معقب لفائدته و كل ما هو كذلك ليس بمشروع و قد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة و هي ليس إلا كراهة التحريم فأي فائدة في الصحة؟ اه. و في القنية من الزكاة: مسلم له خمر وكل ذميا ببيعها فللمسلم أن يصرف ثمنها إلى الفقراء من زكاة ماله و تصح اه. كذا في البحر ص١٣٩ ج٦. و في المنحة على البحر قوله: (وكل ما هو كذلك ليس بمشروع) قال في النهر: لا نسلم أن مثله ليس بمشروع أما في البيع فلأن عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة اذ قد مر قريبا أن شعر الخنزير اذا لم يوجد مباح الأصل =>

قال و من با ع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع و شرط و قد نهى النبي ﷺ عن بيع و شرط

لما جاز البيع ينبغي للمسلم أن يتصدق بالثمن و أما قولهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض (١) بمسائل منها ان رجلا لو وكل غيره بشراء عبد بعينه فوكل هذا الوكيل غيره بشراء ذلك يجوز و يثبت الملك للوكيل الأول و لا يملك هو أن يشتريه لنفسه و منها أن القاضى إذا أمر ذمياً ببيع خمر أو خنزير خلفه ذمي آخر يصح و القاضى لا يملك التصرف بنفسه. و منها أن الذمي إذا أوصى لمسلم و قد ترك خمراً أو خنزيراً فإن الوصى يوكل ذمياً بالبيع و القسمة و هو لا يلي ذلك بنفسه و منها أن المريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة و من وصيه يجوز بعد موته و كذا لا تبيع الأم عرض الولد و وصيها يبيعه اذا لم يكن من ميراثها و القياس على تزويج المجوسي مدفوع لأن حقوق العقد في باب النكاح راجعة إلى الموكل لا إلى الوكيل لأنه سفير و في باب الشراء و البيع على العكس (قال) أي القدوريّ في مختصره (و من با ع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة) أي أو با ع أمة (على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع و شرط و قد نهى النبي ﷺ عن بيع و شرط) هذا رواه (٢) أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع و شرط و مطلق النهى يقتضى الفساد و لا خلاف في هذه الجملة

=> جاز بيعه و ان لم يطب ثمنه و أما في الشراء فقد أفاد فائدة في الجملة هي تخليل الخمر و مثله لا يعد غير مشروع. قولهٗ: (و في القنية من الزكاة الخ) كأنه ذكره استدراكا على قول الفتح فأى فائدة في الصحة. (١)منقوض بمسائل الخ. نحوه في فتح القدير ص٧٦ ج٦. (٢)رواه أبو حنيفة رحمه الله تعالى الخ. رواه الطبرانيّ في معجمه الأوسط و الحاكم أبو عبدالله النسابوريّ في كتاب علوم الحديث و من جهة الحاكمّ ذكره عبد الحقّ في أحكامه و سكت عنه كذا في نصب الراية ص١٨ ج٤. و قال المحدث الناقد العلام ظفر احمد عثمانيّ في اعلاء السنن ص١٤٦ ج١٤.

باب النهى عن البيع بالشرط

قوله: نهى عن بيع و شرط أقول تمسك به أبو حنيفة رحمه الله تعالى على فساد البيع بالشرط و خالفه ابن شبرمة و ابن أبي ليلى فقال ابن شبرمة: الشرط جائز و البيع جائز و احتج بما روى عن جابر أنه قال: بعت النبى ﷺ ناقة و شرط لى حملانها إلى المدينة و قال ابن ابى ليلىٰ البيع جائز و الشرط باطل و احتج بما روى عن النبى ﷺ أنه قال لعائشة رضى الله تعالى عنها: أنه اشترى بريرة و أعتقيها. و الجواب عن حديث جابر أنه اختلف فيه الرواة فقال نبيح في هذه الرواية: قال فنزلت عن الرحل إلى الأرض قال ما شأنك؟ قال: قلت؟ جملك! قال قال لى اركب جملك قلت ما هو محملي و لكنه جملك قال كنا نراجعه مرتين في الأمر إذا أمرنا به فإذا أمرنا الثالثة لم نراجعه قال فركبت الجمل أخرجه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده عن عبيدة عن الأسود بن قيس عن نبيح عن جابر =>

....

....

=> و رجاله ثقات لأن عبيدة أخرج له البخاری و الأربعة و الأسود أخرج له الجماعة و نبيح أخرج له الأربعة و وثقه أبو زرعة و ابن حبان و العجلي و صحح حديثه الترمذی و ابن خزيمة و ابن حبان والحاكم. و أما ذكر ابن المدينی إياه فی جملة المجهولين فزعمه أنه لم يرو عنه إلا الأسود بن قيس و ليس كذلك فإنه روى عنه أبو خالد الدالانی أيضاً فخرج عن جهالة العين و قال عطاء و غيره عن جابر: و لك ظهره و قال شعبة عن مغيرة عن عامر الشعبی عن جابر: أفقرنی رسول الله ﷺ ظهره إلى المدينة و قال جرير عن مغيرة عن عامر فبعته على أن لی فقار ظهره حتى أبلغ المدينة و رواه أبوعوانة عن مغيرة عن عامر قال: بعنيه و لك ظهره حتى تقدم و قال شريك عن مغيرة عن عامر: اشترى منی بعيرا على أن يفقرنی ظهره سفری ذلك و قال زكريا عن عامر: فاستثنيت حملانه إلى المدينة و قال يسار عن عامر: فاشترى منی بعيرا على أن لی ظهره حتى أقدم المدينة و قال محمد بن المنكدر عن جابر فی رواية ابنه عنه: شرط لی ظهره. و فی رواية عثمان بن محمد عنه: فبعته إياه و شرطته أی ركوبه إلى المدينة و قال زيد بن أسلم عن جابر: و لك ظهره حتى ترجع و قال أبو الزبير عن جابر فی رواية: أفقرناك ظهره إلى المدينة و فی رواية: فبعته منه بخمس أواق قلت: على أن لی ظهره إلى المدينة قال: و لك ظهره الى المدينة و فی رواية قال: أخذته بكذا و كذا و قد أعرتك ظهره الى المدينة و قال سالم عن جابر: قال قد أخذته فتبلغ عليه و فی رواية: و قد أخذته بوقية اركبه فإذا قدمت فائتنا به و رواه أبو المتوكل عن جابر: فبعنی و لك ظهره و فی رواية: أتبيعنی جملك؟ قلت: نعم قال: اقدم عليه المدينة و قال أبو هبرة عن جابر: فاشترى منی بعيرا فجعل لی ظهره حتى أقدم المدينة لخصت هذه الطرق من فتح البارى (٥: ٢٣٢) و مسلم (٢: ٢٨ - ٢٩). و قد علم منه أنه ظاهر رواية عطاء و زيد بن أسلم و سالم بن أبی الجعد و أبی المتوكل الناجی و أبی هبرة عن جابر أنه لم يكن هذا على وجه الاشتراط بل كان على وجه التبرع و الإحسان منه ﷺ و أما أبو الزبير فقوله: أفقرناك ظهره إلى المدينة و قد عرتك ظهره إلى المدينة يدل أيضا على أنه لم يكن ذلك على وجه الاشتراط بل على سبيل التبرع و الإحسان و كذا قوله: فبعته منه بخمس أواق قلت: على أن لی ظهره إلى المدينة قال و لك ظهره إلى المدينة يدل على أنه لم يكن على وجه الاشتراط فی صلب العقد بل كان بعد تمام العقد على وجه التبرع و الإحسان غاية ما فی الباب أنه يعلم منه أن جابرا كان طلب هذا الإحسان منه فأجابه رسول الله ﷺ إليه و هو لا يضرنا. و أما رواية ابن المنكدر عن جابر فلا يدل أيضا على أنه كان فی صلب العقد بل الظاهر أنه كان بعد تمام العقد و تسميته الشرط مجاز كما يدل عليه رواية أبی الزبير و أما رواية الشعبی فيمكن حمله على عدم الاشتراط بأن يقال: إنه سمی قوله ﷺ بعنيه و لك ظهره حتى تقدم كما فی رواية أبی عوانة عن مغيرة عن الشعبی شرطا مجازا و استثناء مجازا و الحال أنه لم يكن شرطا بل كان وعدا منه ﷺ و تبرعاً و إحسانا إليه و يدل عليه رواية شعبة عن مغيرة عن الشعبی بقوله أفقرنی رسول الله ﷺ ظهره الى المدينة رواية نبيح نفس فی باب عدم الاشتراط و إذا كان الأمر كذلك فلا يتم الاحتجاج به على صحة الاشتراط. و ظهر منه أن ما قال البخاریّ إن الاشتراط أكثر و أصح غير صحيح لأن الذين ذكروا الاشتراط هم عامر و ابن المنكدر و أبو الزبير و الذين لم يذكروهم نبيح و سالم و زيد بن أسلم و عطاء و أبو المتوكل و أبو هبرة فالذين لم يذكروه أكثر من الذين ذكروه ثم الذين ذكروه لم يتفق رواياتهم على الاشتراط فإن أبا الزبير لم يذكر الاشتراط فی روايتيه و ذكره فی رواية لكن يظهر منه أنه كان بعد تمام العقد ولم يكن شرطا حقيقة بل كان استعارة منه ﷺ و يدل عليه قوله فی رواية أفقرناك. و فی رواية أعرتك. و أما بن المنكدر فقال فی رواية شرط لی و هو يدل على أنه كان وعدا منه لقوله: أخذت بكذا و قد أعرتك ظهره =>

....

....

=> إلى المدينة و فى رواية شرطته و هو فى رواية أبي الزبير فبعته منه بخمس أواق قلت: على أن لى ظهره إلى المدينة قال و لك ظهره و هو ليس بشرط حقيقة بل هو استعارة فلا يدل رواية ابن المنكدر على الاشتراط الحقيقى. و أما الشعبى فروى عنه يسار و مغيرة و زكريا و أما رواية يسار فهو بمعنى أبي الزبير: أخذته بكذا و كذا و قد أعرتك ظهره فلا يدل على اشتراط و أما رواية زكريا فهو بمعنى رواية أبي الزبير بلفظ فبعته منه بخمس أواق قلت على أن لى ظهره إلى المدينة قال و لك ظهره فهو لا يدل على الاشتراط و أما مغيرة فرواه عنه شريك و جرير و أبوعوانة و شعبة. أما رواية شريك ففيه أنه قال اشترى منى بعيرا على أن يفقرنى ظهره و هو يحتمل أن يكون بمعنى بعنيه ذلك ظهره الذى رواه أبوعوانة عن مغيرة و يحتمل أن يكون بمعنى رواية أبي الزبير: أخذت بكذا و كذا و قد أعرتك ظهره و يحتمل أن يكون بمعنى رواية أبي الزبير فبعته منه بخمس أواق قلت على أن لى ظهره إلى المدينة قال و لك ظهره إلى المدينة فلا يدل على الاشتراط و أما رواية أبي عوانة ففيه أنه قال بعنيه ولك ظهره إلى المدينة و هو ظاهر فى أنه كان عدة منه لا شرطاً أما رواية جرير فيحتمل أن يكون بمعنى رواية أبي عوانة و يحتمل أن يكون بمعنى رواية أبي الزبير فهو لا يدل أيضا على الاشتراط و أما رواية شعبة فهو ظاهر فى الإعارة فلما لم يتفق رواياتهم على الشرط و التى تدل على الاشتراط يمكن إرجاعها الى التى ليس فيها اشتراط بل هى ظاهرة بل بعضها نص فى الإعارة فكيف يصح أن يقال: إن الاشتراط أكثر و أصح؟ و أما ما قال ابن حجر: إن الذين ذكروه بصيغة الاشتراط أكثر عددا من الذين خالفوهم و هذا وجه من وجوه الترجيح فيكون أصح و يترجح أيضاً بأن الذين رووه بصيغة الاشتراط معهم زيادة و هم حفاظ فتكون حجة و ليست رواية من لم يذكر الاشتراط منافية لرواية من ذكره لأن قوله: لك ظهره و أفقرناك ظهره و تبلغ عليه لا يمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك. ففيه أولا: إنا لا نسلم أن الذين ذكروا الاشتراط أكثر عددا و قد مر تفصيله و أما ثانيا: فلأن قوله إن الذين ذكروه معهم زيادة و هم حفاظ لا يفيده لأنا لا ننكر الزيادة بل نتكلم فى معناها و نقول هى لا تدل على الاشتراط فى العقد بل الظاهر أنه كان وعدا منه ﷺ و إعارة فذكروه بصيغة الشرط كما قال الإسماعيل: إن قوله و لك ظهره وعد قام مقام الشرط لأن وعده لا خلف فيه وهبة لا رجوع فيها لتنزيه الله تعالى له عن دناءة الأخلاق فلذلك ساغ لبعض الرواة أن يعبر عنه بالشروط. و وافقه عليه المهلب و استحسنه ابن حجر أيضاً و قال و أقوى هذه الوجوه فى نظرى ما تقدم نقله عن الإسماعيل من أنه وعد حل محل الشرط (فتح البارى ٥: ٢٣٤) و أما ثالثا فلأن قوله: لك ظهره و أفقرناك ظهره و تبلغ عليه لا يمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك اه. غير صحيح لأنه ليست هناك رواية تدل على وقوع الاشتراط قبله حتى تحتمل تلك الروايات عليها بقى هنا كلام و هو أن رواية نبيح صريحة فى أنه لم يكن هناك استدعاء من جابر للركوب لأنه كان يمتنع من الركوب مع أن رسول الله ﷺ كان يقول له: اركب جملك و لم يركب بعده إلا امتثالا لأمر رسول الله ﷺ و الروايات الأخر مخالفة له. و الجواب عنه: أن الروايات المخالفة مضطربة لأن هنا ما يدل على أن جابرا كان استدعاء الركوب و منها ما يدل على أنه لم يكن استدعاءه بل كان هو تبرعا منه ﷺ ابتداء ثم منها ما يدل على أن الوعد كان تمام البيع و منها ما يدل على أنه كان بعده فالظاهر منه أن القصة غير محفوظة عندهم على ما هى عليه فلا تعارض رواية نبيح لأنها تدل على أنه حفظها كما هي و المقبول من الروايات الأخرى ما يوافقها كرواية شعبة عن مغيرة عن الشعبى: أفقرنى رسول الله ﷺ ظهره إلى المدينة، و رواية أبي الزبير: أفقرناك ظهره إلى المدينة، و روايته أخذته بكذا و كذا و قد أعرتك ظهره =>

....

....

=> إلى المدينة و رواية سالم أخذته فتبلغ عليه أو قد أخذته بوقية اركبه فإذا قدمت فائتنا به و رواية أبى المتوكل قال اقدم عليه المدينة و رواية أبي هبيرة: فجعل لي ظهره و لا يقبل ما يخالفها إلا ما يمكن إرجاعه إليها. (قال العبد الضعيف و لقد أنصف البيهقي رحمه الله تعالى حيث قال بعد ما سرد للحديث طرقا عديدة بألفاظ مختلفة مانصه: و بعض هذه الألفاظ تدل على أن ذلك كان شرطا في البيع و البعض يدل على أن ذلك منه ﷺ تفضلا و تكرما و معروفا بعد البيع. و الله أعلم (٥:٣٣٧) أي و الاحتمال يضر بالاستدلال فلا حجة فيه لمن جوز الشرط في البيع) ٢١ظ. و أجاب عنه في فتح القدير بوجهين أحدهما أن الشرط لم يكن هناك في صلب العقد و نسبه إلى الشافعي رحمه الله تعالى. و الثاني أن حديث جابر رضي الله تعالى عنه خاص و حديث عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنه عام و العام عندنا يعارض الخاص و يطلب معه أسباب الترجيح والمرجح هنا للعام و هو نهيه عن بيع و شرط و هو كونه مانعا و حديث جابر رضي الله تعالى عنه مبيح فيحمل على ما قبل النهي لأن القاعدة الأصولية أن ما فيه الإباحة منسوخ بما فيه النهي (٦:٧٧) و أجاب عنه الطحاوي أيضا بوجهين: الأول ما أجاب به الشافعي رحمه الله تعالى أنه لم يكن في صلب العقد بل بعده و الثاني أنه لم يكن هناك بيع حقيقة لأنه ظهر من صنيعه ﷺ أنه لم يكن قصده إلى ملك الجمل بل كان قصده إلى إيصال الثمن إلى جابر بهذه الحيلة فلم يكن هذا شرطا في البيع حقيقة لأنه كان شرطا في ملكه لا في ملك رسول الله ﷺ. و أما حديث عائشة رضي الله تعالى عنها فأجاب عنه ابن همام بما أجاب عن حديث جابر رضي الله تعالى عنه بأنه مبيح و حديث عمرو بن شعيب محرم و المحرم ناسخ للمبيح. وأجاب عنه النووي أن قوله اشترطي لهم الولاء، لم يكن لإباحة الاشتراط بل للمبالغة في الزجر و تصحيح العقد هذا مع الشرط كان مخصوصاً بها. و تعقبه ابن دقيق العيد بأن التخصيص لا يثبت إلا بدليل. و الجواب عنه أن الدليل هو النهي عن البيع و الشرط و أجاب عنه ابن الجوزي بأنه ليس في الحديث أن اشتراط الولاء و العتق كان مقارنا للعقد فيحمل على أنه كان سابقا للعقد فيكون الأمر بقوله اشترطي مجرد الوعد و لا يجب الوفاء اه. و تعقب باستبعاد أنه ﷺ يأمر شخصاً أن يعد مع علمه بأنه لا يفي بذلك الوعد. و الجواب عنه أنه لا استبعاد فيه لأن المقصود منه زجرهم عن أمثال هذه الشروط بأبلغ وجه و هذا المقصود لم يكن يحصل بدون هذا الوعد لأنهم لم يكونوا بائعين لها بدون هذا الوعد فأباح لها هذا الوعد ليتم البيع بلا شرط بناء على هذا الوعد و لا يلزم عائشة رضي الله تعالى عنها إيفاء هذا الوعد لأنه لم يكن في قدرتها إيفاؤها لأن الولاء أمر ضروري تثبت من غير اختيار و لم تكن غرتهم لأنها لم تكن وعدت لهم من عند نفسها بل كانت وعدت بناء على إصرارهم و بناء على هذا أجاز لها رسول الله ﷺ بهذا الوعد فيكون معنى قوله اشترطي لهم الولاء، أن هذا الوعد ليس بنافع لهم و لا ضارا لك و هم يصرون عليه فلا بأس عليك أن تشترطي لهم قبل القعد و يتم العقد من غير شرط بناء على زعمهم الفاسد أن الولاء يكون لهم بناء على هذا الاشتراط السابق و لما كان الاغترار منهم لا منك فليس عليك فيه شيء فلا بعد فيه. و أجاب عنه الطحاوي بما لست أحصله إن شئت الاطلاع عليه فارجع إلى معاني الآثار (٢: ٢٢١ - ٢٢٢) و أجاب عنه غيره بأجوبة أخرى ان شئت الاطلاع عليها فارجع الى فتح الباري (٥: ١٣٩) و فيما ذكرنا كفاية. (قال العبد الضعيف قال ابن عبد البر و غيره كذا رواه أصحاب هشام عن عروة و أصحاب مالك عنه عن هشام بلفظ و اشترطي لهم الولاء، و استشكل صدور الإذن منه ﷺ في البيع على شرط فاسد و اختلف العلماء في ذلك فمنهم من أنكر الشرط =>

....

....

=> في الحديث فروى الخطابي في معالمه بسنده إلى يحيى بن أكثم أنه أنكر ذلك و عن الشافعي رحمه الله تعالى في الأم: الإشارة إلى تضعيف رواية هشام المصرحة بالاشتراط لكونه انفرد بها دون أصحاب أبيه و روايات غيره قابلة للتأويل و قال الطحاوىّ ففي هذا اختلف هشام و الزهرى فان كان الذى يعتبر في هذا هو الضبط و الإتقان و الحفظ فإن ما روى الزهرى أولى لأنه أتقن و أضبط و أحفظ من هشام (٢:٢٢٢). و أشار غيره إلى أنه روى بالمعنى الذى وقع له و ليس كما ظن فإنه عبر عن قوله ﷺ اشتريها ودعيهم يشترطون ما شاؤوا، كما هو في رواية أيمن في آخر أبواب المكاتب عند البخارى بقوله و اشترطى لهم الولاء، و أثبت الرواية آخرون و قالوا: هشام ثقة حافظ و الحديث متفق على صحته فلا وجه لرده اه. ملخصا من فتح البارى (٥:١٣٩). قلنا لا ننكر صحة الحديث من جهة الإسناد و إنما الكلام في أن قول هشام و اشترطى لهم الولاء رواية باللفظ أو بالمعنى فالراجح عندنا هو الثانى دون الأول بدليل ما في رواية أيمن من قوله: اشتريها ودعيهم يشترطون ما شاؤوا، و هذا أولى من أن ينسب إلى رسول الله ﷺ الإذن في البيع على شرط فاسد و إذا كان كذلك فلا حجة فيه لمن جوز البيع بالشرط و أبطل الشرط) ١٢ ظ. و احتج الشافعي رحمه الله تعالى بهذا الحديث على أن شرط العتق جائز في البيع و الجواب عنه أنه ليس في الحديث شرط العتق و إنما فيه شرط الولاء فإن قلت: إن شرط الولاء لا يكون بدون شرط العتق. قلنا كلا! لأن شرط الولاء كان لأجل أنهم علموا أن عائشة رضى الله تعالى عنها تشتريها للعتق لا لأنهم شرطوا العتق و الفرق بينهما ظاهر. بقي ههنا شيء وهو أن رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ نهى عن بيع و شرط رواه عنه أبو حنيفة رحمه الله تعالى هكذا و رواه عنه غيره أنه نهى عن شرطين في بيع، و هكذا رواه حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ و فسروه بأن بيع الرجل الشيء حالا بألف و نسيئة بألفين أو إلى شهر بألف و إلى شهرين بألفين فيكون رواية أبى حنيفة رحمه الله تعالى مخالفة لرواية غيره. و الجواب عنه بوجهين أحدهما أن يقال يمكن أن يكون عمرو بن شعيب يروى عن أبيه عن جده كلتى الروايتين فروى عنه أبو حنيفة رحمه الله تعالى رواية و روى عنه آخرون رواية أخرى و الثاني أن يقال إن أصل الرواية كان أنه نهى عن شرطين في بيع إلا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى رواه بالمعنى لأن معنى الشرطين في البيع هو البيع و الشرط لأن البيع نفسه شرط فإذا شرط في البيع شرط آخر اجتمع فيه شرطان كذا قاله الطحاوىّ في معانى الآثار (٢:٢٢٢) و ما فسروا به الشرطين في البيع إنما هو على وجه التمثيل لا على وجه الحصر و إن سلم الحصر فليس هو تفسيرا منقولا عن النبى ﷺ حتى يلزم أبا حنيفة رحمه الله تعالى قبوله فلا يلزم أن يكون ما رواه مخالفا لما رواه غيره. و أيضاً لا وجه لجواز الشرط و عدم جواز الشرطين و أيضاً كل شرط متضمن لشرطين شرط الوجود و شرط العدم فلا يخلو بيع بالشرط عن الشرطين فلا يجوز لوجود الشرطين و في الباب آثار لعمر و ابنه تدل على فساد اليع بالشرط أخرجها الطحاوى في معانى الآثار (٢:٢٢٢) و محمد رحمه الله تعالى في الموطأ (ص ٢٤٢).

تصحيح حديث أبى حنيفة رحمه الله تعالى في النهى عن بيع و شرط:

و في المحلى لابن حزم من طريق الحاكم: نا جعفر بن محمد الخلدى نا عبدالله بن أيوب ابن زاذان الفرير نا محمد ابن سليمان الذهلى نا عبد الوارث هو ابن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة و ابن أبى ليلى و ابن شبرمة رحمهم الله تعالى فسألت أباحنيفة رحمه الله تعالى عمن باع بيعاً و اشترط شرطا؟ فقال البيع باطل و الشرط باطل. ثم سألت ابن أبى ليلى عن ذلك؟ فقال البيع جائز و الشرط باطل. ثم سألت ابن شبرمة عن ذلك؟ فقال البيع جائز =>

....

....

=> و الشرط جائز. فرجعت إلى أبي حنيفة رحمه الله تعالى فأخبرته بما قالا فقال: لا أدرى ما قالا، حدثنا عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع و شرط البيع باطل و الشرط باطل فأتيت ابن أبي ليلى فأخبرته بما قالا فقال لا أدرى ما قالا، حدثنا هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها أن رسول الله ﷺ قال اشترى بريرة و اشترطى لهم الولاء، (أي دعيهم يشترطون) البيع جائز و الشرط باطل، فأتيت ابن شبرمة فأخبرته بما قالا، فقال لا أدرى ما قالا، نا مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه أنه باع من رسول الله ﷺ جملا و اشترط ظهره إلى المدينة، البيع جائز و الشرط جائز لم يعله ابن حزم بشيء و احتج بحديث أبي حنيفة رحمه الله تعالى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده و أجاب عن حديث جابر و عائشة رضى الله تعالى عنهما بنحو ما ذكرناه. و قال و ههنا خبر رابع من طريق أحمد بن شعيب (النسائي) أنا زياد بن أيوب نا ابن علية نا أيوب السختياني نا عمرو بن شعيب ثنى أبي عن أبيه حتى ذكر عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ لا يحل سلف و بيع و لا شرطان في بيع و لا ربح ما لم يضمن، و به أخذ أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى فيبطل البيع بشرطين و يجيزه بشرط واحد قال ابن حزم و هذا خطأ لأن تحريم رسول الله ﷺ الشرطين في بيع ليس مبيحا لشرط واحد و لا محرما له لكنه مسكوت عنه في هذا الخبر فوجب طلب حكمه في غيره فوجدنا قوله ﷺ كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، فبطل الشرط الواحد و كل ما لم يعقد إلا به و بالله التوفيق اه. (٨:٤١٦) قلت و لو كان لحديث أبي حنيفة رحمه الله تعالى عن عمرو بن شعيب علة لصاح بها ابن حزم و لم يبال فثبت أنه حديث صحيح صالح للاحتجاج به فلا يضرنا ما نقل عن ابن أبي الفوارس أنه قال غريب كما في التلخيص الحبير (ص٢٣٧) فإن تفرد الثقة بشيء و هو المراد بالغرابة ههنا ليس بقدح في الحديث و لا ما في مجمع الزوائد رواه الطبراني في الأوسط و في طريق عبد الله بن عمرو مقال اه. (٤:٨٥) فان حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده إذا رواه الثقات عنه صحيح لم يزل الأئمة يحتجون به و لا ما قاله القطان إن علته ضعف أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الحديث كما في الزيلعي (٢:١٧٨) فإن قلامة ظفر أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما لم تفارقه خير من الآف من أمثال ابن القطان فالعجب منه أنه كيف أطلق اللسان بهذه الكلمة التي يعافها كل إنسان في قلبه نور من العلم و التقوى و هو بريء من العصبية و الشنآن؟ فهذا ما يغني حكايته عن الاشتغال بجوابه و من أراد الاطلاع على درجة هذا الإمام في علم الحديث و حفظه و أمانته فليراجع مقدمة هذا الكتاب فقد أتينا فيه على القدر الضروري من هذا الباب. و انهحض بما ذكرنا ما قاله ابن قدامة في الشرح الكبير له بما نصه: و لم يفرق الشافعي و أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى بين الشرط و الشرطين و رووا: أن النبي ﷺ نهى عن بيع و شرط، و قال حديثهم ليس له أصل و قد أنكره أحمد و لا نعرفه مرويا في مسند فلا يعول عليه اه. (٤:٥٣). أما قوله لا أصل له و لا نعرفه مرويا في مسند ففيه إشعار لقلة نظره في الحديث و كتبه فإن هذا الحديث رواه الحافظ طلحة بن محمد في مسنده للإمام عن أبي العباس بن عقدة عن الحسن بن القاسم عن الحسين البجلي عن عبد الوارث بن سعيد و أخرجه الحافظ بن خسرو في مسنده من طريق عبد الله بن أيوب بن الفيروز الخزاعي عن محمد بن سليمان الذهلي عن عبد الوارث و من طريق الثقة علي بن محمد بن محمد الخطيب عن أبي بكر عبد القاهر بن محمد بن محمد عن أبي هارون موسى عن عبدالله بن أيوب بن زاذان المقرئ عن الذهلي عنه عن أبي حنفية رحمهم الله تعالى، =>

ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط

بيننا و بين الشافعي رحمه الله تعالى إلا في شرط العتق فعند الشافعي رحمه الله تعالى يجوز ذلك و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في شرح الاقطع. و اختلف الفقهاء في البيع و الشرط على ثلاثة أقوال قال أصحابنا رحمهم الله تعالى البيع و الشرط كلاهم باطلان و قال ابن أبي ليليّ البيع جائز و الشرط باطل و قال ابن شبرمةّ البيع و الشرط كلاهما جائزان (ثم جملة (١) المذهب) أي الجملة الكلية و الأصل الشامل بفروع أصحابنا (فيه) أي في الشرط (أن يقال كل شرط يقتضيه العقد) أي يجب بالعقد من غير شرط (كشرط الملك للمشتري) في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع أو شرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لا يفسد العقد) لأن كل هذه تثبت بمطلق العقد (لثبوته بدون الشرط) أي لثبوت مطلق العقد بدون هذا

=> و أخرجه القاضي أبوبكر الأنصاري بسنده عن عبد الله بن أيوب القزويني عن الذهلي عنه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و أخرجه الحافظ أبو نعيم الإصفهاني عن أبي القاسم الطبراني عن عبد الله بن أبي بكر المقرئ عن الذهلي عنه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما في جامع المسانيد (٢: ٢٢ - ٢٣) و بهذا السند أخرجه الطبراني في معجمه الأوسط و الحاكم في علوم الحديث و من جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه و سكت عنه و سكوته عن شيء في أحكامه حجة فكيف يكون الحديث لا أصل له؟ و قد رواه و أخرجه جماعة من الحفاظ في مسانيدهم و معاجمهم و مصنفاتهم. و أما قوله: و أنكره أحمد، فقد ذكرنا في المقدمة أن المنكر أطلقه أحمد بن حنبل و جماعة علي الحديث الفرد الذى لا متابع له و تفرد الثقة بحديث ليس بقدح فيه كما مر و قد ذكرناه في المقدمة أيضاً إذا قالوا أنكر ما رواه فلان كذا لا يلزم منه ضعف الحديث و لا ضعف روايه فإنهم ربما يطلقونه على الحديث الصحيح و الحسن أيضاً بمجرد تفرد راويه فتذكر. فإن قيل إنكار أحمد هذا الحديث مع تركه العمل به دليل على ضعفه عنده قلنا و احتجاج أبي حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى به مع العمل دليل على صحته عندهما فقد ذكرنا في المقدمة: أن احتجاج المجتهد بحديث تصحيح له منه و درجة أبي حنيفة و الشافعي رحمه الله تعالى في الحديث ليس بأقل من درجة أحمد فيه مع ما لهما من التقدم و السبق فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى من التابعين و الشافعي رحمه الله تعالى من اتباعهم و أحمد بعدهما بكثير و أما الفقه و الاجتهاد فلا يخفى أن أحمد رحمه الله تعالى عيال في ذلك عليهما و الله تعالى أعلم. و قال شمس الأئمة في المبسوط: و الصحيح ما استدل به أبو حنيفة رحمه الله تعالى فإنه حديث مشهور فأما حديث هشام بن عروة فقد قال أبويوسف رحمه الله تعالى أوهم هشام بن عروة ما قال رسول الله ﷺ اشترطي لهم الولاء، لأن هذا أمر بالغرور و لا يظن برسول الله ﷺ ذلك و تأويل حديث جابر رضي الله تعالى عنه أن ذلك لم يكن شرطاً في البيع على أن ما جرى بينهما لم يكن بيعاً حقيقة و إنما كان ذلك من حسن العشرة و الصحبة في السفر و الدليل عليه قصة الحديث فذكرها بنحو ما ذكرنا (١٣: ١٤) ١٢ ظ. (١)ثم جملة المذهب الخ. راجع البحر الرائق ص١٣٩ ج٦. فان صاحب البحرّ رتّب هذا البحث و نقّح.

و كل شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه و هو من أهل الإستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا

الشرط و ذكره لا يفيد إلا تأكيداً (و كل شرط لا يقتضيه العقد وفيه) أي و الحال أن في الشرط (منفعة لأحد المتعاقدين) بأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو ثوباً على أن يخيطه أو باع عبداً على أن يخدم البائع شهراً أو داراً على أن يسكن فيه البائع شهراً مثلاً و لو كان شرطا لا يقتضيه العقد و لكن ورد الشرع بجوازه كالأجل و الخيار رخصة و تيسيراً فانه لا يفسد العقد لأنه لما ورد الشرع به دل على أنه من باب المصلحة دون المفسدة و القياس أن يفسد و لكن أخذنا بالإستحسان للحديث الوارد في باب الخيار و لو كان شرطا لا يقتضيه العقد و لا ورد الشرع به لكنه يلائم العقد و يوافقه كالبيع بشرط أن يعطي المشتري كفيلاً بالثمن أو رهناً بالثمن و لم يعين الكفيل و لا أشار إلى أحد فالبيع فاسد و كذلك إذا لم يسم الرهن و لا أشار إليه و إذا عينها بالإشارة أو التسمية فالقياس أن لا يجوز البيع أيضاً و به أخذ زفرؒ و في الإستحسان يجوز و هو الصحيح و الشرط في صحة اشتراط الكفالة حضور الكفيل في المجلس و قبوله و إذا كان غائباً لا يجوز و إحضار الرهن في المجلس ليس بشرط. و ما لم يسلم الرهن إلى البائع لا يثبت فيه حكم الرهن فإن امتنع عن التسليم لا يجبر عليه و عند زفرؒ يجبر لكن عندنا يقال للمشتري إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تدفع الثمن أو تفسخ البيع فإن لم يقبل المشتري شيئاً من ذلك فللبائع أن يفسخ البيع لأنه فات غرضه ثم أنه قال و فيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه إذا كان في الشرط ضرر لأحدهما بأن باع ثوباً أو حيواناً سوى الرقيق بشرط أن لا يبيعه و لا يهبه ذكر في المزارعة أنه لا يفسد بهذا الشرط و روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يفسد و الأول هو الصحيح (أو للمعقود عليه) أي أو في الشرط منفعة للمعقود عليه. (و هو) أي المعقود عليه (من أهل الإستحقاق) اى من أهل أن يستحق حقاً على الغير و هو الآدمي و قال بعض الشراح من أهل الإستحقاق اي من اهل الخصومة و ليس هذا إلا الآدمي (يفسده) جواب قوله و كل شرط لا يقتضيه العقد أي يفسد العقد (كشرط أن لا يبيع المشتري العقد المبيع لأن فيه) أي في هذا الشرط (زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا) لأن الربا عبارة عن فضل خال عن المعوض و هذا الشرط خال عن عوض لأن العاقدين تقابلا العوض مع المعوض و الشرط الذي شرطاه ليس في مقابلته عوض و فيه معنى المال

أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس و لو كان لا يقتضيه العقد و لا منفعة فيه لأحد لا يفسده و هو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا و لا إلى المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته

و لهذا يجوز أخذ العوض على الشرط و لم يعوض عنه بشيء في العقد فكان ربا و لهذا يجاب (١) عما يقال لا تطلق الزيادة إلا على المجانس للمزيد عليه المشروط منفعة فكيف يكون ربا. (أو لأنه) اي أو لأن هذا الشرط (يقع بسببه المنازعة) لأنه ذريعة إلى وقوع النزاع لتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط (فيعرى العقد عن مقصوده) اي مقصود العقد و هو التملك و التمليك و قيل المقصود من العقد قطع المنازعة. و قال الاترازي مقصود العقد هو الإسترباح (إلا ان يكون متعارفاً) هذا استثناء من قوله يفسده اى إلا ان يكون الشرط متعارفاً بين الناس كما لو اشترى نعلاً أو شراكا بشرط أن يحذوه البائع فلا يفسد به البيع (لأن العرف قاض على القياس) لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي و هو قوله عليه الصلاة و السلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن أو ثابت بالإجماع فيكون العرف راجحاً على القياس إما بالنص أو بالإجماع و لأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا و الحرج مدفوع الكل (٢) من المبسوط لا يقال (٣) فساد البيع بشرط ثابت بالحديث و العرف ليس بقاض عليه لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به و هو قطع المنازعة و العرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث. (و لو كان) أي الشرط (لا يقتضيه العقد و لا منفعة فيه لأحد لا يفسده) أي لا يفسد العقد لأن الشرط يلغو و يصح العقد (و هو الظاهر من المذهب) يعني عدم فساد العقد و بطلان الشرط هو الظاهر من مذهبنا و احترز به عما روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى حيث قال يبطل العقد ثم ذكر صورة هذا بقوله (كشرط أن لا يبيع المشترى الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة) أي من الدابة لأنه لا يطالبه بهذا الشرط (فلا يؤدي إلى الربا و لا إلى المنازعة) فكان الشرط لغواً. (إذا ثبت هذا) يعني ما ذكره في أول المسألة بقوله و من باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد (نقول هذه الشروط) أي الإعتاق و التدبير و الكتابة و الاستيلاد (لا يقتضيها العقد لأن قضيته) أي

---

(١)و لهذا يجاب الخ. نحوه في العناية ص٧٧ ج٦. (٢)الكل من المبسوط للسرخسي باب البيوع اذا كان فيها شرط ص١٣ ج١٣. (٣)لا يقال الخ. كذا في العناية.

الإطلاق في التصرف و التخيير لا الإلزام حتماً و الشرط يقتضي ذلك و فيه منفعة للمعقود عليه و الشافعي رحمه الله تعالى و ان كان يخالفنا في العتق و يقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه

قضية العقد (الإطلاق في التصرف و التخيير) أي إطلاق التصرف في المبيع للمشتري باختياره كيف شاء من غير تقييد تصرف دون تصرف (لا الإلزام حتما) أي دون الإلزام على تصرف واحد على سبيل الحتم اي الوجوب و الشرط يقتضي الإلزام حتما و بينهما منافاة ظاهرة و هو معنى قوله (و الشرط يقتضي ذلك) أي الإلزام (و فيه) أي في هذا الشرط أيضاً (منفعة للمعقود عليه) و قد بيناه فيما مضى (و الشافعي رحمه الله تعالى و إن كان يخالفنا في العتق) حيث يقول بيع الرقيق بشرط العتق يجوز لكن هذا قول منه و في شرح الوجيز (١) في بيع الرقيق بشرط العتق قولان أحدهما انه لا يصح و به قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و أصحهما أنه يصح (٢) (و يقيسه) أي الشافعي رحمه الله تعالى يقيس هذا (على بيع العبد نسمة) و معناه باق الآن لأن المصنفّ ذكره و قال الأترازيّ انتصاب نسمة على الحالة على معنى معرضاً للعتق و انما صح هذا لأنه لما كثر ذكرها في باب العتق و خصوصا في قوله عليه الصلاة و السلام فك الرقبة و اعتق النسمة صارت كأنها إسم لما هو يعرض للعتق فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعاني الأفعال كذا قال (٣) المطرزيّ و النسمة النفس مشتقة من نسيم الريح. (و الحجة عليه) أي على الشافعي رحمه الله تعالى (ما ذكرناه) و هو أنه عليه الصلاة و السلام نهى عن بيع و شرط و قد مضى (و تفسير (٤) البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط) أي العتق (فيه) أي في العبد و قال السغناقيّ

---

(١) و في شرح الوجيز للرافعي الشافعي ص ١١٠ ج٤. في بيع الرقيق بشرط العتق قولان أحدهما و هو مخرج أنه لا يصح و بهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و أصحهما أنه يصح و على هذا ففي صحة الشرط قولان أحدهما و هو ما حكاه العراقيون عن رواية أبي ثورّ أنه باطل و أصحهما و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في أصح الروايتين أنه صحيح اه ملخصا. و في شرح المهذب للنوويّ ص٣٦٦ ج٩. (فرع) في مذاهب العلماء فيمن باع عبدا بشرط العتق قد ذكرنا أن الصحيح المشهور من مذهبنا صحة البيع و الشرط و به قال النخعي و احمد و غيرهما رحمهم الله تعالى و قال ابن أبي ليلى و أبو ثور رحمهما الله تعالى البيع صحيح و الشرط باطل و قال أبو حنيفة و صاحباه رحمهم الله تعالى البيع فاسد. (٢) أصحهما أنه يصح و به قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في رواية الحسنّ عنه كما في المبسوط للسرخسيّ ص١٥ ج١٣. (٣) قال المطرزيّ في المغرب مادة نسم ص٣٠١ ج٢.

(٤) تفسير البيع نسمة الخ. و في فتح القدير ص٧٩ ج٦. و على تفسير المصنفّ هذا يتحقق صورة القياس و أما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لأنه نفس المقيس عليه إلا أن قوله لا ان يشترط فيه يفهم من قوله أن تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعي رحمه الله تعالى بذلك فنفاه و حينئذ يقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس.

فلو أعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يبقى فاسداً حتى تجب(١) عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه و لكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك و الشيء بانتهائه يتقرر و لهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق (٢) الملائمة فيتقرر الفساد و إذا وجد العتق تحققت الملائمة

قوله و يقيسه على بيع العبد نسمة غير مستقيم على ما ذكره في المبسوط من تفسير الشافعي رحمه الله تعالى بيع العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي رحمه الله تعالى لأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف بين الناس لأن بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا و غيرها ثم قال و تفسيره البيع بشرط العتق و كان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير البيع بشرط العتق فحينئذ يلزم قياس الشيء على نفسه و ذلك باطل (فلو أعتقه المشتري) أي فلو أعتق العبد المشتري الذي شرط عتقه البائع في العقد (بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يبقى فاسداً) كما كان (حتى تجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر) بأن مات أو قتله أو باعه و في المبسوط (٣) قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحسان و قولهما قياس و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال في (٤) التحفة لو أعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه و أن اعتقه بعد القبض عتق فانقلب العقد جائزاً استحساناً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى يلزمه الثمن و قالا لا ينقلب العقد جائزاً إذا أعتقه حتى يجب عليه قيمة العبد و وجوب الثمن دليل الجواز ووجوب القيمة دليل الفساد. (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه) إشارة إلى قوله لأن قضيته الإطلاق في التصرف الخ (و لكن من حيث حكمه يلائمه لأنه) أي لأن العتق (منه (٥) للملك و الشيء بانتهائه يتقرر و لهذا) إيضاح لقوله و الشيء بانتهائه يتقرر (لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) يستدل به على أن العتق مقرر للملك و متمم له إذ لو كان مزيلاً لمنع الرجوع بنقصان العيب (فإذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة) لأنه يقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم و هو معنى قوله (فيتقرر الفساد و إذا وجد العتق تحققت الملائمة) بحكم العتق و هو انتهاء الملك به

---

(١)تجب –ن– يجب. (٢)لم تتحقق –ن– لم يتحقق. (٣)في المبسوط للسرخسي ص١٦ ج١٣. (٤)قال في التحفة الخ نحوه في الهندية ص١٣٤ ج٣ معزيا الى المحيط. (٥)منه. اسم فاعل من مصدر إنهاء.

فترجح (١) جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفاً قال وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدى له هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه عليه الصلاة و السلام نهى عن بيع و سلف

(فيترجح جانب الجواز) على جانب الفساد (فكان الحال قبل ذلك موقوفاً) أي كان حال العقد قبل الإعتاق موقوفا بين بقائه فاسداً أو انقلابه إلى الجواز بالإعتاق فلما وجد الإعتاق ترجح جانب الجواز فانقلب جائزاً (٢). (قال) أي القدوري (و كذلك) أي يفسد البيع (لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه (٣) المشتري درهماً أو على أن يهدى له هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه عليه الصلاة و السلام) أي لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع و سلف) هذا الحديث رواه (٤) أصحاب السنن الأربعة رحمهم الله تعالى إلا ابن ماجة اختصره من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ لا يحل سلف و بيع و لا شرطان فى بيع و لا ربح ما لم يضمن و لا بيع ما ليس عندك و قال الترمذيّ حديث حسن صحيح و رواه محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الآثار (٥) و فسره فقال أما السلف و البيع فالرجل يقول للرجل أبيعك عبدى هذا بكذا و كذا على أن تقرضني كذا و كذا و أما الشرطان فى البيع فالرجل يبيع الشيء حالاً بألف و مؤجلاً بألفين و أما ربح ما لم يضمن

(١)فترجح —ن— فيترجح. (٢)فانقلب جائزاً. و فى العناية ص ٨٠ ج٦. تأمل حق التأمل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تنحل و هى أن هذا الشرط فى نفسه إما أن يكون فاسدا أو لا فان كان الأول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع و ان كان الثانى كان العقد به فى الابتداء جائزاً و ذلك لأنه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملائمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد فى الابتداء عملا بالذات و الصورة و بالجواز عند الوفاء عملا بالحكم و المعنى و لم نعكس لأنا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا و وجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا أتلفه بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط. (٣)أو على أن يقرضه المشترى درهما. احتراز عما اذا قال بعتك هذه الدار على أن يقرضنى فلان الأجنبى ألف درهم فقبله المشترى صح البيع لأنها لم تلزم الأجنبى لا ضمانا عن المشترى لأنها ليست فى ذمته فيتحملها الكفيل و لا زيادة فى الثمن لأنه لم يقل على أنى ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشترى. كذا فى العناية. (٤)رواه أصحاب السنن الأربعة إلا ابن ماجة رحمهم الله تعالى. قلت رواه أبوداودٌ فى البيوع باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ص١٣٩ ج٢. و الترمذيّ فيه باب ماجآء فى كراهية بيع ما ليس عنده ص١٤٨ ج١. و النسائيّ فيه شرطان فى بيع الخ. ص٢٢٦ ج٢. و فى الباب حديث حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه رواه الطبرانيّ فى معجمه الكبير و فى سنده العلاء بن خالد الواسطيّ و ثقه ابن حبانٌ و ضعفه موسى بن اسماعيلٌ كذا فى نصب الراية مع الهامش ص١٩ ج٤. (٥)كتاب الآثار فى البيوع باب التجارة و الشرط فى البيع ص١٧٠.

و لأنه لو كان الخدمة و السكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع و لو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع و قد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة

فالرجل يشتري الشيء فيبيعه قبل أن يقبضه بربح (و لأنه لو كان الخدمة و السكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع و لو كان لا يقابلهما) يعني شيئاً من الثمن (يكون إعارة في بيع) و كل ذلك فاسد. (و قد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة) هذا الحديث رواه أحمد رحمه الله تعالى (١) في مسنده بإسناده إلى عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنهما قال نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة. قال أسود بن عامر أحد رواة الحديث قال شريك قال سماك هو أن يبيع الرجل بيعاً فيقول هو نقد بكذا و نسئية بكذا و روى العقيلي (٢) من طريق سماك مرفوعاً الصفقة في الصفقتين ربا و الصفقة (٣) في اللغة ضرب اليد على اليد في البيع كذا ذكره في مجمل اللغة و يراد بها في الاصطلاح العقد لأن أحد المتعاقدين يضع يده على يد الآخر إذا أراد العقد و روى الترمذي (٤) من حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة قال الترمذي و قد فسر بعض أهل العلم قالوا بيعتين في بيعة ان يقول الرجل أبيعك هذا الثوب بنقد بعشرة و بنسئة بعشرين فلا يفارقه على أحد البيعين فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على واحد منهما و قال الشافعي رحمه الله تعالى و من معنى نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة أن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري و هذا تفارق عن بيع بغير ثمن معلوم و لا يدري كل واحد منهما على ما وقعت عليه صفقة انتهى. و بقولنا قال (٥) الشافعي رحمه الله تعالى و عن مالك رحمه الله تعالى أنه إذا شرط من منافع المبيع يسيرا

---

(١)رواه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده ص......ج......؟. و البزار في مسنده و الطبراني في معجمه الأوسط كذا في نصب الراية ص٢٠ ج٤. (٢)روى العقيلي الخ. قال الحافظ الزيلعي في نصب الراية ص٢٠ ج٤. روى العقيلي في ضعفائه من حديث عمرو بن عثمان بن أبي صفوان الثقفي ثنا سفيان عن سماك به مرفوعا الصفقة في الصفقتين ربا انتهى. و أعله بعمرو بن عثمان هذا و قال: لا يتابع على رفعه و الموقوف أولى ثم أخرجه من طريق أبي نعيم ثنا سفيان به موقوفا و هكذا رواه الطبراني في معجمه الكبير من طريق أبي نعيم به موقوفا و كذلك رواه أبوعبيد القاسم بن سلام حدثنا عبدالرحمن بن مهدى عن سفيان به موقوفا و كذلك رواه ابن حبان في صحيحه في النوع الثامن و العشرين من القسم الأول من حديث شعبة عن سماك به موقوفا الصفقة في الصفقتين ربا. اه ملخصا. (٣)الصفقة في اللغة الخ. و في المغرب ص٤٧٦ ج١. الصفقة (بفتح الصاد المهملة و سكون الفاء) ضرب اليد على اليد في البيع و البيعة. (٤)روى الترمذي في البيوع باب ما جآء في النهي عن بيعتين في بيعة ص١٤٧ ج١. و قال حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه حديث حسن صحيح و رواه النسائي في البيوع بيعتين في بيعة الخ ص٢٢٦ ج٢. (٥)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و في شرح المهذب للنووى الشافعي ص٣٧٨ ج٩. (فرع) في مذاهبهم =>

قال و من باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد لأن الأجل

كالسكنى في الدار يوماً صح و قال أحمد رحمه الله تعالى أما شرط سكنى الدار يوماً أو يومين لم يفسده لعدم الإفضاء إلى المنازعة ظاهراً و قال ابن أبي ليلي و ابراهيم النخعي و الحسن البصري رحمهم الله تعالى البيع جائز و الشرط فاسد و قال ابن شبرمة البيع صحيح و الشرط صحيح و إليه ذهب الأوزاعي و أحمد رحمهما الله تعالى في بيع الدار بشرط سكناها و بيع دابة بشرط ظهرها (١) (قال) أي القدوري (و من باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد لأن الأجل

=> فيمن باع دارا أو عبدا أو بهيمة و استثنى منفعة مدة معلومة قد ذكرنا أن الصحيح المشهور في مذهبنا بطلان البيع و به قال أبو حنيفة و فقهاء العراق رحمهم الله تعالى. و قال الاوزاعي و احمد و اسحاق رحمهم الله تعالى يصح البيع و يثبت الشرط و به قال أربعة من أئمة أصحابنا الفقهاء المحدثين ابو ثور و محمد بن نصر و ابوبكر بن خزيمة و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و نقله ابن المنذر عن أصحاب الحديث رحمهم الله تعالى و روى نحوه عن عثمان و صهيب رضي الله تعالى عنهما و قال مالك رحمه الله تعالى إن شرط مدة قريبة كالشهر و الشهرين أو ركوب الدابة الى مكان قريب جاز و ان كانت مدة طويلة أو مكانا بعيدا فمكروه. (١)ظهرها. و في فتح القدير ص ٨١ ج٦. (فروع) باع أمة بشرط أن يطأها المشترى أو أن لا يطأها فسد البيع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيهما لما ذكر من أن مقتضى العقد الاطلاق و هذا تعيين أحد الجائزين و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يفسد في الثانى لما قلنا و يصح الاول لان العقد يقتضيه و عند محمد رحمه الله تعالى يصح فيهما و لو كان في الشرط ضرر كأن شرط أن يقرض أجنبيا لا يفسد العقد و ذكر القدورى أنه يفسد و لو لم تكن فيه منفعة و لا مضرة كان اشترى طعاما بشرط أن يأكله أو ثوبا بشرط أن يلبسه جاز و ذكر الامام قاضى خان العقود التى يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد و جهالة البدل و هى مبادلة المال بالمال كالبيع و الاجارة و القسمة و الصلح عن دعوى المال و قسم لا يبطل بالشرط الفاسد و لا جهالة البدل و هو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح و الخلع و الصلح عن دم عمد و قسم له شبه بالبيع و النكاح و هو الكتابة يبطلها جهالة البدل و لا يبطلها الشرط الفاسد و في الخلاصة التى تبطل بالشروط الفاسدة و لا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع و القسمة و الاجارة و الاجازة و الرجعة و الصلح عن مال و الابراء عن الدين و عزل الوكيل في رواية شرح الطحاوى و تعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط و المزارعة و المعاملة و الاقرار و الوقف في رواية و مالا يبطل بالشروط الفاسدة ستة و عشرون الطلاق و الخلع و لو بغير مال و العتق بمال و بلا مال و الرهن و القرض و الهبة و الصدقة و الوصاية و الشركة و المضاربة و القضاء و الامارة و التحكيم بين اثنين عند محمد رحمه الله تعالى خلافا لابى يوسف رحمه الله تعالى و الكفالة و الحوالة و الوكالة و الاقالة و النسب و الكتابة و اذن العبد و دعوة الولد و الصلح عن دم العمد و الجراحة التي فيها القصاص حالا و مؤجلا و جناية الغصب و الوديعة و العارية اذا ضمنها رجل و شرط فيها حوالة أو كفالة و عقد الذمة و تعليق الرد بالعيب و تعليق الرد بخيار الشرط و عزل القاضى و النكاح لا يصح تعليقه و لا اضافته لكن لا يبطل بالشرط و يبطل الشرط و كذا الحجر على الماذون لا يبطل الحجر و يبطل الشرط و كذا الهبة و الصدقة و الكفالة بالشرط المتعارف تصح هى و الشرط و بغير المتعارف يبطل و تصح الكفالة انتهى فالحاصل أن كل ما كان من قبيل التمليكات أو التقييدات لا يصح تعليقه فمن الاول الاقرار و الابراء و من الثانى =>

في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا و هذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيليق بالديون دون الأعيان قال و من اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد و الأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد و الحمل من هذا القبيل و هذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة و بيع الأصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً و البيع يبطل به و الكتابة و الإجارة و الرهن بمنزلة البيع

في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسدا) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و كذا في الثمن العين عنده لا يصح تأجيله لعدم الفائدة و احترز بالمبيع العين من المبيع إذا كان ديناً كالمسلم فيه فإن الاجل فيه صحيح (و هذا) أي بطلان الاجل في المبيع العين (لان الاجل شرع ترفيهاً) أي تيسيراً (فيليق بالديون دون الاعيان) لان الدين غير حاصل فكان الاجل فيه باتساع المدة التي يتمكن المشترى من تحصيله فيها بالكسب أما العين فحاصل فلا حاجة فيها إلى ذكر الاجل للترفيه.

(قال) أي القدوري (و من اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد) و به قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح (و الاصل) اى في هذا (أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد و الحمل من هذا القبيل) فإن الجنين (٢) ما دام في بطن أمه فهو في حكم جزء منها كاليد و الرجل ألا ترى أنه يقطع عنها بالمقراض و أجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصوداً فلا يكون مقصوداً بالإستثناء و هذا لان الجنين في البطن مجهول لا يدرى أذكر أم أنثى او خنثى واحد أو اكثر (و هذا) اى كون الجنين من هذا القبيل (لانه بمنزلة أطراف الحيوان) كما ذكرنا و ذلك (لإتصاله به خلقة) أى لإتصال الجنين بالام من حيث الخلقة. (و بيع الاصل يتناولها) اى يتناول الاطراف و في بعض النسخ يتناولهما أي يتناول الام و الحمل و في بعض النسخ يتناوله أي يتناول الحمل فإذا كان كذلك (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) اى موجب العقد لأن العقد يوجب أن يكون الحمل تبعا غير مقصود (فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً و البيع يبطل به) اى بالشرط الفاسد (و الكتابة و الإجارة و الرهن بمنزلة البيع) ذكر هذه المسألة تفريعاً لمسألة القدوري و ذلك نحو

=> عزل الوكيل و الحجر على العبد و الرجعة و التحكيم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى من قبيل التمليكات فلا يتعلق و عند محمد رحمه الله تعالى يتعلق لأنه من اطلاق الولاية كالقضاء و الاذن و الايصاء و الوكالة و ان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات أشبه. (١) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و في شرح الوجيز ص١١٦ ج٤. و لو باع الحامل و استثنى حملها ففي صحة البيع وجهان منقولان في النهاية أحدهما أنه يصح و أصحهما و به أجاب الجمهور أنه لا يصح. اه ملخصا. (٢) فان الجنين الخ. نحوه في المبسوط للسرخسي ص١٩ ج١٣.

لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها و الهبة و الصدقة و النكاح و الخلع و الصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الإستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة و كذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الإستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً و الجارية وصية لأن الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها

ما إذا كاتب عبده على جارية الا حملها او آجر داره على جارية إلا حملها أو رهن جارية إلا حملها ففي الكل يفسد العقد كما يفسد البيع (لأنها) اى لان الكتابة و الاجارة و الرهن (تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد فى الكتابة) استثناء من قوله تبطل بالشروط الفاسدة يعني هذه الاشياء الثلاثة تبطل بالشروط الفاسدة إلا أن المفسد أى الشرط المفسد فى الكتابة (ما يتمكن فى صلب العقد منها) اى من الشروط المفسدة كالكتابة على الخمر او الخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل و اما إذا لم يكن فى صلب العقد منها كما إذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من البلد فله ان يخرج و العقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع إنتهاء لانه مال في حق المولى و لا تصح إلا ببدل معلوم و تحتمل الفسخ ابتداء و تشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه و لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد و بالنكاح فيما لم يتمكن فيه. (و الهبة و الصدقة و النكاح و الخلع و الصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الإستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة) لأن الفساد باعتبار إفضائه إلى الربا و ذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات و هذه تبرعات و إسقاطات و صور هذه الأشياء بأن قال وهبت هذه الجارية لك إلا حملها أو تصدقتها عليك إلا حملها أو جعلتها مهرا أو بدل الخلع أو بدل الصلح عن دم العمد إلا حملها فإن قلت الهبة من قبيل التمليكات ينبغي أن يفسد بالإستثناء قلت سلمنا ذلك و لكن عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها فانه ﷺ أجاز العمري و أبطل شرطه للمعمر حتى يصير العمري لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر إذا شرط عوده فيصح العقد و يبطل الإستثناء. (و كذا الوصية لا تبطل به) أي باستثناء الحمل (لكن يصح الإستثناء) بأن قال أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها (حتى يكون الحمل ميراثاً و الجارية وصية) يعني يكون للموصي له (لأن الوصية أخت الميراث) من حيث أن الملك فى كل منهما يحصل بعد الموت (و الميراث (١) يجري فيما في البطن) لأنه عين (بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) يعني أوصى بجارية

---

(١)و الميراث يجرى. أقول ان اراد به يجرى فيه تبعا لأمه فلا يفيده و ان أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر =>

لأن الميراث لا يجرى فيها قال و من اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع و يخيطه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة لأحد المتعاقدين و لأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر قال و من اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع أو يشركه

لفلان و استثنى (١) خدمتها لا يصح الاستثناء بل بطل حتى تكون الجارية و خدمتها جميعاً للموصى له (لأن الميراث لا يجرى فيها) لأنها ليست بعين و في بعض النسخ لا يجرى فيه ذكر ضمير الخدمة باعتبار المذكور (و من اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع و يخيطه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد) و هو من مسائل القدوريّ لا خلاف (٢) فيه للأربعة رحمهم الله تعالى (لأنه شرط لا يقتضيه العقد و في منفعة لأحد المتعاقدين) يعني للمشتري (و لأنه) أي و لأن هذا العقد (يصير صفقة في صفقة) يعني إجارة في بيع أو إعارة في بيع (على ما مر) (٣) أشار به إلى قوله و لأنه لو كانت الخدمة و السكنى يقابلهما شيء من الثمن إلى آخره (و من اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع) أراد بالنعل الصرم تسمية للشيء بإسم ما يؤول إليه قال الجوهري (٤) الصرم الجلد فارسي معرب و معنى يحذوه (٥) يجعله مساوياً للآخر (أو يشركه) (٦) من التشريك و هو وضع الشراك و في الصحاح (٧) أشركت نعلي جعلت له شراكاً و التشريك مثله و الشراك (٨) هو أحد سيور النعل التي تكون على وجهها

=> أنه ليس كذلك فليتأمل في دفعه كذا في السعدية. (١)استثنى خدمتها الخ. وفي العناية ص٨٣ ج٦. و اعترض على قوله الأصل فيه أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح إستثناؤه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه و الخدمة في الوصية مما يصح إفراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب أن يصح استثناؤه و أجيب بأن هذا العكس غير لازم و لئن سلم فلا نسلم أن الوصية عقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي و يدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بأن مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا و لقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقدا و عكستم الأصل المذكور في الوصية بالجارية و استثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة إفراده بالعقد و لم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية و استثناء الخدمة مع صحة افراده بالعقد فما الفرق بينهما و الجواب أنا ما منعنا العكس وجوبا و انما منعنا لزومه و الفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فما صلح أن يكون موروثا كالحمل صححناه و ما لم يصلح كالخدمة منعناه. (٢)لا خلاف فيه للأربعة رحمهم الله تعالى كذا في فتح القدير ص٨٥ ج٦. (٣)على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة إلا أن هنا على تقدير واحد و هو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط إجارة في بيع و ما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير و على تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع كذا في فتح القدير ص٨٥ ج٦. (٤)قال الجوهريّ في الصحاح ص١٩٦٥ ج٥. (٥)يحذوه. و في لسان العرب مادة حذا ص١٦٩ ج١٤. حذا النعل حذوا (بالفتح فالسكون) و حذاء (بالكسر): قدّرها و قطعها و في التهذيب: قطعها على مثال. (٦)يشركه. و في السعدية ضمير يشركه للنعل بمعناه الحقيقي على طريقة الاستخدام. (٧)و في الصحاح للجوهريّ ص١٥٩٤ ج٤. (٨)الشراك الخ. كذا في لسان العرب ص٤٥١ ج١٠.

فالبيع فاسد قال ما ذكره جواب القياس و وجهه ما بينا و في الإستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب و للتعامل جوزنا الاستصناع

(فالبيع فاسد) و هو القياس فلذلك قال المصنفّ بقوله (قال) أي المصنفّ (ما ذكره) أي ما ذكره القدوريّ من قوله فالبيع فاسد. (جواب القياس و وجهه) أي وجه القياس (ما بينا) أراد به قوله لأنه شرط لا يقتضيه العقد إلى آخره و بالقياس قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى في الأصح (و في الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار) أي فصار جواز شراك النعل بشرط حذو البائع و تشريكه (كصبغ الثوب) أي كجواز صبغ الثوب يعني لو استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه ففي القياس لا يجوز لأنه عقد على استهلاك العين و هو الصبغ و الاجارة بيع المنافع لا بيع العين و في صبغه يلزم بيع العين و لهذا لا يجوز استيجار البقرة لشرب اللبن و كذا ترك القياس في إستيجار الحمام و الظئر لأن فيهما استهلاك الماء و اللبن (و للتعامل جوزنا الإستصناع) مع أن القياس يأباه لأنه بيع المعدوم و من أنواع التعامل ما ذكره في شرح الطحاويّ قالوا اشترى صرماً أي جلداً على أن يحذو البائع له خفاً أو اشترى قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع من عنده جاز البيع بهذا الشرط للتعامل. و في المبسوط (١) اشترى شاة بشرط انها حامل فالعقد فاسد و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى في قول و قال في الأصح يصح و هو رواية الحسنّ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال بعض أصحابه القولان في غير الآدمي أما في الجواري يصح قولاً واحداً و ذكر (٣) هشامّ عن محمد رحمه الله تعالى

(١)و في المبسوط للسرخسيّ ص١٩ ج١٣. و ان اشترى شاة على أنها حامل فالعقد فاسد لأن الحبل في البهائم و هي زيادة مجهولة فانه لا يدرى أن انتفاخ بطنها من ريح أو ولد و أن الولد حي أو ميت ذكر أم أنثى واحد أو مثنى و المجهول اذا ضم الى معلوم يصير الكل مجهولا. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير ص٨٥ ج٦. و شرح المهذب للنووي الشافعيّ ص٣٢٣ ج٩. (٣)ذكر هشامّ الخ. كذا في فتح القدير ص٨٥ ج٦. و فيه أيضا و لو اشترى سمسما أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا دهنا أو يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و لو شرط في الشاة أنها حلوب أو لبون لم يذكره محمد رحمه الله تعالى و اختلف فيه فالكرخيّ يفسد و الطحاويّ لا يفسد و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لأنه مرغوب فيه و الوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو اكثر من هذا الى غاية كذا و لو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع اذا شرط على أجنبي فهو باطل و كل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على أجنبي فهو جائز و يخير المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الأجنبي عشرة جاز البيع و يخير المشتري ان شاء أخذه بمائة و ان شاء ترك و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الأجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد و في المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهبَ له دينارا من الثمن جاز و هو حسن لأن حاصل هذا حطيطة مشترطة و مآلها الى الشراء بالثمن الأنقص ⇐

قال و البيع الى النيروز و المهرجان و صوم النصارى و فطر اليهود

إشترى جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريدها للظؤرة فحينئذ يفسد و عن الهندواني لو شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع يذكره على بيان العيب عادة و لو وجد من المشترى يفسد لأنه ذكره على وجه اشتراط الزيادة (و البيع إلى النيروز) (١) أصله النوروز و لكن لما لم يكن في أوزان العرب فأبدلوا الواو ياء و هو يوم فى طرف الربيع (و المهرجان) معرب مهركان و هو يوم في طرف الخريف و قال في ريح كوشياء (٢) النيروز أول يوم من ماه فروردين و المهرجان هو اليوم السادس عشر من مهرماه قلت ماه فروردين أول أشهر الفرس و مهرماه هو الشهر السابع من السنة عندهم. (و صوم النصارى و فطر اليهود) خص (٣) الصوم بالنصارى

=> و لو با ع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز و لو با ع عبدين على أنه شريك المشترى فى نصف هذا فسد و لو قال نصفيهما جاز كما لو با ع هذا الثوب و قال أنا شريكك فى نصفه و مقتضى النظر أن يجوز الأول أيضا لأنه فى الحاصل بيع أحدهما بعينه و نصف الآخر شائعا صفقة و لا مانع من ذلك و لو با ع هذا بألف إلا نصفه بستمائة فقد با ع نصفه باربعمائة. (١)النيروز الخ. و فى البحر ص١٤٥ ج٦. و النيروز أول يوم من الصيف و هو أول يوم تحل فيه الشمس الحمل و المهرجان أول يوم من الشتاء و هو أول يوم تحل فيه الشمس الميزان كذا فى السراج الوهاج. و فى المنحة على البحر قوله (و النيروز أول يوم من الصيف الخ) قال فى النهر: هذا انما يتم بناء على أن الربيع من الصيف و الخريف من الشتاء و قد مر فى الصلاة نظيره و إلا فالفصول أربعة كما لا يخفى. و قيل هما عيدان للمجوس اه. و ذكر قبله النيروز أول يوم من طرف الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل و المهرجان يوم فى طرف الخريف و هو أول يوم من الشتاء تحل فيه الشمس الميزان اه. و لا يخفى أن قوله "و هو أول يوم من الشتاء" مبنى على أن الخريف من الشتاء و إلا فأول فصل الشتاء هو أول يوم تحل فيه الشمس فى الجدى فلو أسقطه لكان أولى تأمل. و فى القهستاني: النيروز أنوا ع نيروز العامة و هو أول يوم من فردمين ماه و نيروز الخاصة و هو النيروز الخاص و نيروز السلطان و هو أول يوم يكون فى نصف نهار و الشمس فى أول درجة من درجات الحمل و نيروز المجوس و يقال له نيروز الدهاقين و هو اليوم الذى تحل فيه الشمس في الحوت. و المهرجان نوعان: عامة و هو أول يوم من الخريف أعنى اليوم السادس عشر من مهرماه و خاصة و هو اليوم السادس و العشرون منه اه. (٢)قال فى ريح كوشياء الخ. و فى غياث اللغات باللغة الفارسية ص٧٤٩ نوروز: روز اول ماه فروردين كه رسيدن آفتاب سب به نقطةً اول حمل از برهان. و فى الغياث ص٥١٦. فروردين: بالفتح و واو مفتوح و سكون راء مهمله و كسر دال و ياى معروف مدة ماندن آفتاب در برج حمل و آن سى و يك روز است و اين ماه سرسال باشد و اول ماه از هر سه ماه بهار ولايت همين ست و بهندى اين ماه را تقريبا بيساكه گويند و روز نوزدهم هرماه شمسى را نيز فروردين نام ست از رشيدى و برهان و سرورى. و فى الغياث ص٧٢٣. مهرجان: بالفتح و راى مهمله مفتوح معرب مهرگان از منتخب. مهرگان: بالكسر و كاف فارسى نام ماه خزان و آن مدت ماندن آفتاب ست در برج ميزان. (٣)خص الصوم الخ. و فى البحر ص١٤٥ ج٦. و انما خص الصوم بالنصارى و الفطر باليهود لأن صوم النصارى غير معلوم و فطرهم معلوم و اليهود بعكسه اه. و فى المنحة على البحر و فى القهستاني: و =>

إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل و هي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم

والفطر باليهود لإحتمال أن يكون مبدأ صوم اليهود معلوماً دون صومهم ألا ترى أن التأجيل إذا كان إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم يصح لأن مدة صومهم بالأيام معلومة و هي خسمون يوماً (إذا لم يعرف المتبايعان) أي المشتري و البائع (ذلك) أي وقت هذه الأشياء (فاسد) خبر المبتدأ أعني قوله و البيع إلى النيروز و ما بعده عطف عليه و الفساد (لجهالة الأجل) لأن هذه الآجال ليست من آجال المسلمين فإنهم لا يعرفون وقت ذلك عادة حتى لو كانت معلومة عند المتبايعان جاز البيع بمنزلة الأهلة. (و هي) أي جهالة الأجل (مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائه) أي لابتناء البيع و في بعض النسخ لابتنائها قال الأترازيّ أنث الضمير الراجع إلى البيع على تأويل المعاوضة أو الصفقة و ما قيل الضمير راجع إلى المنازعة فليس بشيء (على المماكسة) (١) أي على المجادلة في النقصان و المماكسة موجودة في المبايعة إلى هذا الأجل لابتناء المبايعة على المماكسة (إلا إذا كانا) إستثناء من قوله فاسد أي إلا إذا كان المتبايعان (يعرفانه) أي الأجل. (لكونه معلوماً عندهما) لارتفاع الجهالة و معرفة غيرهما لا يعتبر لأن الأجل حق لهما. و قال الفقيه أبو الليثّ في شرح الجامع الصغير و في قول ابن أبي ليلىّ جاز البيع إلى هذه الآجال لأن التفاوت قليل و قال فخر الدين قاضي خانّ في شرح الجامع الصغير و التكفيل إلى هذه الأوقات يجوز لأن الكفالة عقد تبرع و بنى التبرع على المساهلة و لهذا صحت الكفالة بالمجهول بأن قال الذى لك على فلان فهو علي فجهالة الأجل فيها إذا كانت يسيرة مستدركة لا تمنع صحة الاجل و لو كانت غير مستدركة كالكفالة إلى هبوب الريح أو إلى أن تمطر السماء صحت الكفالة و لا يصح الاجل و يكون حالاً (أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم

=> صوم النصارى سبعة و ثلاثون يوما فى مدة ثمانية و أربعين يوما فان ابتداء صومهم يوم الاثنين الذى يكون قريبا من اجتماع النيرين الواقع ثانى شباط و ثامن آذار و لا يصومون يوم الأحد و لا يوم السبت إلا يوم السبت الثامن و الأربعين و يكون فطرهم يعني يوم عيدهم يوم الأحد بعد ذلك. و فطر اليهود أن يأكلوا سبعة أيام من خامس عشر من الشهر السابع من شهر تاريخهم ابتداؤه قبل سنة الروم بشهر لموافقة موسى عليه السلام و قومه و أما فطر اليهود كما فى الهداية و غيرها فليس بيوم مشهور عنهم إلا أن يقال أريد يوم أفطروا فيه فانهم يصومون بنص التوراة ستة و ثلاثين يوما اهـ. (١)المماكسة. و في المغرب ص ٢٧١. المكس (بفتح الميم و سكون الكاف) في البيع: استنقاص الثمن من باب ضرب. و المماكسة و المكاس (بكسر الميم) في معناه.

بالأيام معلومة فلا جهالة فيه قال و لا يجوز البيع إلى قدوم الحاج و كذلك إلى الحصاد و الدياس و القطاف و الجزاز لانها تتقدم و تتأخر و لو كفل إلى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة و هذه الجهالة يسيرة مستدركة

بالأيام معلومة) و هي (١) خمسون يوماً كما ذكرنا و إذا كانت معلومة (فلا جهالة فيه) فلا مانع من الجواز (و لا يجوز (٢) البيع إلى قدوم الحاج و كذلك إلى الحصاد) (٣) أي قطع الزرع و يجوز في الحاء الفتح و الكسر (و الدياس) من الدوس و أصله (٤) دواس قلبت الواو ياء لكسرة ما قبلها و الدوس (٥) شدة و طيء الشيء بالقدم و في الحبوب أن يوطيء بقوائم الدواب (و القطاف) (٦) بالكسر قطع العنب عن الكرم (و الجزاز) (٧) بالزائين المعجمتين من جزّ الصوف و غيره إذا قطعه و المراد هنا أوقات هذه الأشياء و انما لا يجوز البيع إلى أوقات هذه الأشياء (لأنها) أي لان أوقات هذه الاشياء (تتقدم و تتأخر) و ليس لها وقت معلوم قطعاً و ذلك باختلاف الحر و البرد. (و لو كفل إلى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة و هذه الجهالة يسيرة مستدركة) أي

---

(١)و هي خمسون يوماً. كذا في العناية و الكفاية ص٨٦ ج٦. و في فتح القدير و هي خمسة و خمسون يوما. (٢)و لا يجوز البيع الخ. و في شرح المهذب للنووي الشافعيّ ص٣٤٠ ج٩. (فرع) في مذاهب العلماء في البيع إلى العطاء و الحصاد و نحوهما من الآجال المجهولة. قد ذكرنا أنه لا يصح عندنا قال ابن المنذرّ و به قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه و أبو حنيفة رحمه الله تعالى. و قال مالك و أحمد و أبو ثور رحمهم الله تعالى يجوز بثمن الى الحصاد و الدياس و العطاء و نحو ذلك. قال ابن المنذرّ و روينا ذلك عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال و قال ابن أبي ليليّ اذا باع إلى العطاء صح و كان الثمن حالا. قال و قول ابن عباس رضى الله تعالى عنه أصح اه. (٣)الحصاد الخ. و في لسان العرب ص١٥١ ج٣. حصد الزرع و غيره من النبات يحصده (من باب ضرب) و يحصده (من باب نصر) حصدا (بالفتح فالسكون) و حصادا (بالفتح) و حصادا (بالكسر) عن اللحياني: قطعه بالمنجل و حصده و احتصده بمعنى واحد. و الزرع محصود و حصيد و حصيدة و حصد بالتحريك. و رجل حاصد من قوم حصدة (بالتحريك) و حصّاد (بضم الحاء و تشديد الصاد). و الحصاد (بالفتح) و الحصاد (بالكسر) أوان الحصد. (٤)أصله دواس الخ كذا في لسان العرب ص٩٠ ج٦. (٥)الدوس الخ. كذا في المغرب ص٢٩٨ ج١. (٦)القطاف الخ. و في المغرب ص١٨٧ ج٢. قطف العنب: قطعه عن الكرم و في لسان العرب ص٢٨٥ ج٩. قطف الشيء يقطفه (من باب ضرب) قطفا و قطفانا (بالفتح فيهما) و قطافا (بالفتح) و قطافا (بالكسر) عن اللحياني: قطعه. و القطف (بالكسر) ما قطع من الثمر و هو أيضا العنقود. و القطاف (بالفتح) و القطاف(بالكسر): أوان قطف الثمر. قال الأزهريّ: القطاف (بالكسر): اسم وقت القطف. قال: و القطاف بالفتح جائز عند الكسائيّ اه ملخصا. (٧)الجزاز الخ. و في المغرب مادة جزز ص١٤٥ ج١. يقال جزّ الصوف و جزّ النخل: اذا صرمه و الجزاز كالجداد بالفتح و الكسر إلا أن الجداد خاص في النخل و الجزاز فيه و في الزرع و الصوف و الشعر. و قد فرق محمد رحمه الله تعالى بينهما فذكر الجداد قبل الادراك و الجزاز بعده و هو و ان لم يثبت حسن و أما جزّ التمر بالتكرير كما في الزيادات فقياس.

لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيها

يمكن تداركها و إزالة جهالتها (لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيها) أي في الآجال المذكورة يعني البيع اليها فاسد عند عامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم و عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها أجازت البيع إلى العطاء و روى البيهقيّ (١) في كتاب المعرفة من طريق الشافعي رحمه الله تعالى أخبرنا ابن عيينة عن عبد الكريم الجزرى عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما

(١) روى البيهقيّ في كتاب المعرفة الخ. كذا في نصب الراية ص ٢١ ج ٤. و قال المحدث الناقد ظفر احمد العثماني في اعلاء السنن ص ١٥٥ ج ١٤.

باب البيع إلى أجل مجهول

٤٦٦٧ - قال الشافعي رحمه الله تعالى أخبرنا سفيان بن عيينة عن عبد الكريم الجزرى عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال لا تبيعوا إلى العطاء و لا إلى الأندر و لا إلى الدياس (كتاب الأم ٣: ٤٥) و هذا سند صحيح.

باب البيع إلى أجل مجهول

قوله: لا تبيعوا ألخ. أقول: اختلفوا في جواز هذا البيع فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و من وافقه: بعدم جوازه و تمسكوا برواية المتن و خالفهم آخرون و احتجوا بما روى عن عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنهما و غيره قال سحنون: قال ابن وهب: أخبرني ابن جريج أن عمرو بن شعيب أخبره عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشا فقال عبدالله: ليس عندنا ظهر فأمره النبي ﷺ أن يبتاع ظهرا إلى خروج المصدق فابتاع عبد الله البعير بالبعيرين و بالأبعرة إلى خروج المصدق بأمر رسول الله ﷺ و قال أيضاً: أخبرني ابن وهب عن ابن لهيعة عن ابن ابى جعفر عن نافع أن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما كان يبتاع البيع و يشترط على صاحبه أن يقضيه إذا خرجت غلته أو إلى عطاءه و قال أيضاً: قال ابن وهب: أخبرني سلمة بن على قال: كن أمهات المؤمنين رضى الله تعالى عنهن يشترين إلى أعطياتهن (المدونة ٣: ٢١٧). و الجواب عنه: أن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنهما منسوخ كما سيأتي تفصيله في بيع الحيوان بالحيوان و أما أثر ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و أمهات المؤمنين رضى الله تعالى عنهن فالجواب عنه أن المسألة مجتهد فيها و رجحنا أثر ابن عباس لأنه أقيس و أبعد من النزاع و تأويل ما روى أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن معنى بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه قال: اشتروا على الله قالوا: و كيف ذاك يا رسول الله ؟ قال: يقولون: بعنا إلى مقاسمنا و مغانمنا أن لا يكون الأجل المجهول شرطا في العقد بل يكون البيع نقدا و يمهل البائع المشترى إلى الميسرة على وجه التبرع. قال العبد الضعيف و هذا هو تأويل ما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه و عن امهات المؤمنين رضى الله تعالى عنهن من الاشتراء إلى العطاء أن الأجل لم يكن مشروطاً في العقد بل إمهالا من البائع بعد تمام العقد تبرعا على أن العطاء في زمن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه و من بعده من الخلفاء الراشدين كان موقتا بوقت معلوم قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في الخراج له: حدثنا المجالد بن سعيد عن الشعبى عمن شهد عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قال: لما فتح الله عليه و فتح فارس و الروم جمع ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ فقال: ما ترون؟ فإني أرى أن أجعل عطاء الناس في كل سنة و أجمع المال فإنه أعظم للبركة قالوا: اصنع ما رأيت فإنك إن شاء الله موفق اه (ص ٥٢). و هذا مرسل حسن =>

....

....

=> فكانوا يقسمون العطاء على تمام السنة. ثم اختلف الأمور فكانوا يقسمون العطاء بعد تمام السنة مرة و بعد شهر أو شهرين من تمامها أخرى فصار وقت العطاء مجهولا بعد ما كان موقتا معلوماً و لذلك -و الله أعلم- نهى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن البيع إلى العطاء لكونه شبيها بالدياس و الأندر في آخر زمانه فلا حجة في أثر أمهات المؤمنين رضى الله تعالى عنهن لمن جوز البيع إلى أجل مجهول فافهم ثم راجعت المحلى لابن حزم فوجدت مالكا رحمه الله تعالى قد قال ما قلته بعينه قال ابن حزم: و أباح مالك البيع إلى العطاء فيما خلا (و مضى) قال: و أما اليوم فلا لأنه ليس الآن معروفاً و كان معروفاً قبل ذلك اه (٨:٤٤٥). قال ابن حزم: و احتج من أباح البيع إلى العطاء بما رويناه من طريق الحجاج بن أرطاة عن عطاء و جعفر بن عمرو بن حريث قال عطاء: كان ابن عمر رضى الله تعالى عنه يشترى إلى العطاء و قال جعفر عن أبيه: إن دهقانا بعث إلى على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه ثوب ديباج منسوج الذهب فابتاعه منه عمرو بن حريث إلى العطاء بأربعة آلاف درهم. قال حجاج: و كان أمهات المؤمنين رضى الله تعالى عنهن يتبايعن إلى العطاء و من طريق إسرائيل عن جابر الجعفى عن الشعبي: لا بأس بالبيع إلى العطاء. و عن ابن أبى شيبة: نا أبو بكر الحنفي عن نوع بن أبى بلال: اشترى منى على بن الحسين طعاما إلى عطائه. قال ابن حزم: كل هذا عن حجاج بن أرطاة و ناهيك به ضعفا (قلت: كلا بل هو ثقة و إنما نقم عليه التدليس) و عن جابر و هودون حجاج بدرج (قلت: نعم و لكنه مختلف فيه) و لا أدرى نوح بن ابى هلال (الصحيح ابن أبى بلال) من هو؟

الأمان مرتفع من تجهيل ابن حزم أحدا فإنه جهل كثيرا من المعروفين:

(قلت: قد مر في المقدمة أن الأمان مرتفع من تجهيل ابن حزم أحدا فإنه قد جهل كثيرا من المعروفين و نوح بن أبى بلال هذا هو الجرى المدنى مولى معاوية من رجال النسائي روى عن ابن عمر و سعيد بن المسيب و أبى سلمة بن عبد الرحمن و على بن الحسين و غيرهم. و عنه الثورى و إسحاق بن ابراهيم بن نسطاس وعلى بن ثابت الجزرى و داود بن إسماعيل بن إبراهيم و أبو بناتة و أبوبكر الحنفي و زيد بن الحباب قال أحمد و ابن معين و أبو حاتم: ثقة. و قال أبو زرعة و النسائي لا بأس به و ذكره ابن حبان في الثقات و قال يعقوب بن سفيان: لا بأس به كذا في التهذيب (١٠:٤٨١) و في التقريب: ثقة من الخامسة اه. قال ابن حزم و لقد كان يلزم الحنفيين المحتجين برواية حجاج بن أرطاة في أن العمرة تطوع أن يحتجوا ههنا بروايته و لقد كان يلزمهم إذا قلدوا أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها فيما خالفها فيه زيد بن أرقم أن يقلدوها ههنا و معها صواحبها أمهات المؤمنين رضى الله تعالى عنهن و على و عمرو بن حريث و أيضا عمار بن ياسر و غيره رضى الله تعالى عنهم و لكن القوم متلاعبون.

(قلت: حاشاهم من ذلك و إنما هم فقهاء مجتهدون يفقهون ما لا تفقهون و يعلمون ما لا تعلمون فإنهم حملوا هذه الآثار على كون العطاء موقتا معروفا إذ ذلك و ما يخالفها على ما إذا لم يبق موقتا كذلك فافهم. و لا تعجل بالإنكار على الأئمة الأبرار و الفقهاء الأخيار فيلحقك الشين و العار). قال ابن حزم: و روينا من طريق سفيان بن عيينة عن عبد الكريم الجزرى عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه: لا يسلم إلى عصير و لا إلى العطاء و لا إلى الأندر يعنى البيدر و من طريق وكيع عن سفيان الثورى عن بكير بن عتيق عن سعيد بن جبير: لا تبع إلى الحصاد و لا إلى الجداد و لا إلى الدراس (لعل الصحيح الدياس) و لكن سمى شهرا و من طريق ابن شيبة: نا محمد بن أبى عدى =>

و لانه معلوم الاصل ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما إذا با ع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تأجيل فى الدين و هذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة و لا كذلك اشتراطه فى أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد و لو با ع إلى هذه الآجال ثم تراضيا

قال لا تبيعوا إلى العطاء و لا إلى الأندر و لا إلى الدياس و قال الاترازى إجازة عائشة رضى الله تعالى عنها البيع إلى العطاء محمول عندنا على أنها إنما أجازت لان الخلفاء رضى الله تعالى عنهم لم يكونوا يخلفون الميعاد فأما بعد ذلك فقد تغير الامر فصار من جنس ما يتقدم و يتأخر. (و لانه (١) معلوم الاصل) أى و لان الدين فى الكفالة معلوم الاصل و إنما المجهول و صفه و هو الاجل و الوصف تابع للأصل و الجهالة في أصل العين متحملة ففى وصفه بطريق الاولى و هو معنى قوله (ألا ترى أنها) أي أن الكفالة (تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب) اى بما وجب (على فلان ففى الوصف اولى) أى بطريق اولى لان الوصف لا تفترق من الأصل فإذا جاز فى الأصل الذي هو الأعلى ففي الوصف الذى هو الأدنى بالطريق الأولى (بخلاف البيع فإنه لا يحتملها) اي الجهالة (في أصل الثمن فكذا في وصفه) و هو الأجل إذ الوصف (٢) لا يخالف الأصل (بخلاف ما إذا با ع مطلقاً) أي بدون ذكر الأجل (ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز لأن هذا تأجيل فى الدين و هذه الجهالة متجملة فيه بمنزلة الكفالة و لا كذلك اشتراطه) أي اشتراط التأجيل (في أصل العقد لأنه) أي لأن العقد (يبطل بالشرط الفاسد و لو با ع إلى هذه (٣) الآجال ثم تراضيا) أي

=> عن عبدالله بن عون سئل محمد بن سيرين عن البيع إلى العطاء؟ قال: لا أدرى ما هو؟. و من طريق ابن أبى شيبة: نا جرير عن منصور عن إبراهيم: أنه كره الشراء إلى العطاء و الحصاد و لكن يسمى شهرا و من طريق ابن أبى شيبة: نا حميد بن عبد الرحمن عن الحسن بن صالح بن حى عن المغيرة عن الحكم: أنه كره البيع إلى العطاء و هو قول سالم بن عبد الله بن عمر و عطاء اه (٨:٤٤٧). قلت عطاء هو الذى روى عن ابن عمر أنه كان يشترى إلى العطاء ثم خالفه و ليس ذلك إلا اختلاف الزمان عندنا كما ذكرنا و الله تعالى أعلم) ١٢. (١)لأنه معلوم الأصل. أى أن أصل هذه الاشياء معلوم الوقوع فى تلك السنة و انما المجهول وصف التقدم و التأخر فكانت الجهالة يسيرة حتى لو كفل الى هبوب الريح أو مجيء المطر لا يصح لأن أصله غير معلوم فى تلك السنة كذا فى الكفاية ص٨٧ ج٦. (٢)اذ الوصف الخ. فان قيل الوصف أدنى من الأصل فلا يلزم أن يكون مثل الأصل فى كونه مفسدا قلنا معنى الافضاء الى النزاع يشملهما و لا منازعة فى الكفالة لأنه تبرع ابتداء فتبتنى على المسامحة كذا فى الكفالة ص٨٧ ج٦. (٣)هذه الآجال أعنى النيروز و المهرجان الى آخر ماذكرنا من القطاف و الجزاز كذا فى العناية ص٨٨ ج٦. و قيد بهذه الآجال لأنهما لو تبايعا إلى هبوب الريح أو مطر السماء ثم تراضيا على اسقاطه لا ينقلب العقد جائزا لأن هذا =>

بإسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد و الدياس و قبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً و قال زفرؒ لا يجوز لانه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً و صار كإسقاط الاجل في النكاح إلى أجل و لنا أن الفساد للمنازعة و قد ارتفع قبل تقرره و هذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الواحد لان الفساد في صلب العقد و بخلاف النكاح إلى أجل لانه متعة و هو عقد غير

المتعاقدان (بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد و الدياس و قبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً) و قوله لو باع إلى قوله جاز البيع من كلام القدوريؒ و قوله أيضاً من كلام المصنفؒ لأنه قال قبل هذا بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز. (و قال زفرؒ لا يجوز) أي لا ينقلب إلى الجواز و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأصح (لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً) بإسقاط المفسد (و صار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) يعني في النكاح الموقت يقول زفرؒ هذا على أصلكم لا يصح النكاح إذا اسقط الوقت فكذا في المسئلة المتنازع فيها و عند زفرؒ النكاح إلى أجل جائز و الشرط باطل و قال الأكملؒ (١) و هذا استدلال من جانب زفرؒ بما لم يقل به و هو ليس على ما ينبغي (و لنا أن الفساد) في البيع المذكور (للمنازعة و قد ارتفع) أي الفساد (قبل تقرره) أي قبل تقرر (٢) الفساد. (و هذه الجهالة في شرط زائد) و هو جهالة الأجل المفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم و التسلم (لا في صلب العقد) و هو أحد البدلين (فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد) قبل التقرر و قوله و هذه الجهالة إلى آخره جواب عما يقال ان الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد و قد علم الجواب و أما القياس على بيع الدرهم بالدرهمين فغير صحيح (لأن الفساد في صلب العقد) يعني في أحد العوضين (و بخلاف النكاح) هذا أيضاً جواب عن قوله كإسقاط الأجل بيانه أن النكاح (إلى أجل) يعني إلى وقت (لأنه متعة و هو عقد غير

=> ليس بأجل بل الأجل ما يكون منتظر الوجود و هبوب الريح قد يتصل بكلامه فعرفنا أنه ليس بأجل بل هو شرط فاسد كذا في السراج الوهاج. و في فتح القدير (ص٨٨ ج٦) و الذى يحتاج بعد هذا الجواب ما اذا أسقط الرطل الخمر فيما اذا باع بألف و رطل من خمر نص محمد رحمه الله تعالى على جواز البيع و انقلابه صحيحا ذكره في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو تبع للألف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن اذ لا مستتبع هناك اه. و في جامع الفصولين خلافه أجمعوا أنه لو باع قنا بألف درهم و رطل خمر ثم أبطلا الخمر لم يعد جائزا اه. كذا في البحر ص٢٤٧ ج٦. (١)قال الأكملؒ في العناية ص٨٨ ج٦. (٢)قبل تقرر الفساد فصح البيع كما لو باع فصا في خاتم أو جذعا في سقف ثم نزعه و سلمه كذا في الحواشي معزيا الى النهاية.

عقد النكاح و قوله في الكتابة ثم تراضياً خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد بإسقاطه لانه خالص حقه قال و من جمع بين حر و عبد أو شاة ذكية و ميتة بطل البيع فيهما و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إن سمى لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد و الشاة الذكية و إن جمع بين عبد و مدبر أو بين عبده و عبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند (١) علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى و قال زفرٌ فسد فيهما و متروك التسمية عامداً كالميتة

عقد النكاح) رأساً لأن عقد النكاح مندوب اليه و المتعة منهية فلا يمكن العود إلى النكاح عند إسقاط الأجل لعدم عقد النكاح رأساً. (و قوله) أي قول القدوريٌ (في الكتاب) أي في مختصره المنسوب إليه (ثم تراضياً خرج وفاقا) يعني على سبيل الإتفاق (لأن من له الأجل يستبد) أي يستقل و ينفرد (بإسقاطه لأنه خالص حقه) فيختص به (قال) أي القدوريٌ (و من جمع (٢) بين حر و عبد) أي في البيع (أو شاة) أي أو جمع بين شاة (ذكية و ميتة (٣) بطل البيع فيهما) أي في الصورتين و لم يذكر القدوريٌ الخلاف. و قال المصنفٌ (و هذا) أي البطلان (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) يعني باطل مطلقاً سواء فصل الثمن أولا و به قال مالك (٤) و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إن سمى (٥) لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد و الشاة الذكية) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (و إن جمع بين عبد و مدبر أو بين عبده) أي او جمع في البيع بين عبده (و عبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن في قول الثلاثة رحمهم الله تعالى) أي في قول أبي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (و قال زفرٌ فسد) أي البيع (فيهما) أي في المدبر و العبد جميعاً و قيل في الجمعين المذكورين و هو الجمع بين المدبر و العبد و الجمع بين عبده و عبد غيره (و متروك التسمية عامداً كالميتة) هذا من كلام المصنفٌ ذكره تفريعاً على كلام القدوريٌ يعني إذا ضم الذكية مع متروك التسمية عامدا يبطل البيع و نصب عامداً على الحال عن المقدر

---

(١)عند علمائنا الثلاثة –ن– في قول الثلاثة –ن– عند الثلاثة رحمهم الله تعالى. (٢)و من جمع الخ. هذا اذا قال بعتهما فان جمع بين حر و عبد و قال بعت أحدهما و قبل رجل صح في القن تصحيحا لتصرفه كذا في خلاصة الفتاوى ص٢٦ ج٣. (٣)ميتة. المراد بالميتة التي ماتت حتف أنفها كما قيده به في الدرر و الغرر و النهر كذا في المنحة على البحر ص١٤٨ ج٦. (٤)و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير ص٨٩ ج٦. و المغني لابن قدامة الحنبليٌ ص٢٩٢ ج٤. (٥)ان سمى الخ. بأن قال اشتريتهما بألف كل واحد منهما بخمس مائة.

و المكاتب و أم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول إذ محلية البيع منتفية بالاضافة إلى الكل و لهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين الاجنبية و أخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول و لابى حنيفة رحمه الله تعالى و هو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لانه ليس بمال و البيع صفقة واحدة فكان القبول فى الحر شرطاً للبيع في العبد و هذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشرط (١) الفاسد

تقديره و متروك تارك التسمية حال كونه عامداً و قيد بالعمد لأن النسيان لا يضر على ما عرف فإن قيل (٢) متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر أجيب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر و هو قوله تعالى ﴿و لا تأكلوا (٣) مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ حتى أن القاضي إذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر و العبد فى البيع (و المكاتب و أم الولد كالمدبر) يعني إذا ضم المكاتب أو أم الولد مع العبد يصح البيع فى العبد بحصته من الثمن (له) أي لزفر رحمه الله تعالى (الإعتبار بالفصل الأول) يعني الإعتبار بالجمع بين الحر و العبد (إذ محلية البيع منتفية) أي لأن كون المحل لجواز البيع منتفى (بالإضافة (٤) إلى الكل) يعني بإضافة انتفاء المحلية إلى الجميع(٥) (و لهما) أي لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن الفساد بقدر المفسد) يعني بقدر ما يفسد العقد إذا سمى لكل واحد منهما ثمناً إذ الحكم يثبت بقدر دليله و المفسد فى الحر كونه ليس بمحل للبيع و هو مختص به (فلا يتعدى إلى القن) كما في المدبر إذا ضم مع العبد (كمن جمع بين الأجنبية و أخته فى النكاح) أي في عقد النكاح (بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد) من الحر و العبد حيث يبطل البيع فيهما جميعاً (لأنه) أي لأن ثمن العبد (مجهول و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو الفرق بين الفصلين) أي فصل الحر و فصل المدبر مع القن (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال و البيع صفقة واحدة) بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر (فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد و هذا شرط فاسد) و البيع يبطل بالشرط الفاسد (بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد). جواب عن قياسهما على النكاح بيانه أن القياس قياس بالفارق لأن النكاح لا يبطل

---

(١) بالشرط الفاسد –ن– بالشروط الفاسدة. (٢) فان قيل الخ. كذا فى العناية ص٨٩ ج٦. (٣) و لا تأكلوا الآية الأنعام: ١٢٢. (٤) بالاضافة إلى الكل الخ. و فى فتح القدير ص٨٩ ج٦. بالاضافة إلى المجموع اذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس بمال. (٥) إلى الجميع أي الحر و الميتة و المدبر و عبد الغير.

و أما البيع في هؤلاء موقوف و قد دخلوا تحت العقد لقيام المالية و لهذا ينعقد في عبد الغير بإجازته و في المكاتب برضاه فى الاصح و في المدبر بقضاء القاضي و كذا فى أم الولد عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى

بالشرط الفاسد بخلاف البيع فإنه يبطل و قال الأكمل رحمه الله تعالى (١) و فيه بحث أما أولاً فلأنه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة و حينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطاً للبيع في العبد و أما ثانياً فلأن الشرط الفاسد و هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا و ليس فى قبول العقد فى الحر منفعة لأحدهما و للمعقود عليه فلا يكون شرطاً فاسداً و أما ثالثاً فلأن قبول العقد في الحر إنما يكون شرطا لقبول العقد في العبد إذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر و لم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد و المدبر و أجيب عن الأول بأن الصفقة متحدة فى مثله إذا لم يكرر البيع أو الشراء و عن الثاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فإنه إذا باعهما بألف و الحر ليس بمال يقابله بدل فكأنه قال بعت هذا العبد بخمس مائة على أن يسلم خمس مائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع و هو الربا و عن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد و الشرط جميعاً فلا يكون فيما نحن فيه و إذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين و تم جواب زفرؒ عن التسوية بينهما. (و أما البيع في هؤلاء موقوف) متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد و أراد بهؤلاء المدبر و المكاتب و أم الولد و عبد الغير (و قد دخلوا تحت العقد لقيام المالية) فإنها باعتبار الرق و التقويم و هما موجودان و لكن حكم البيع لا يثبت فيهم بل يرد صيانة لحقهم و لهذا لا يخرجون من أن يكونوا محلاً للبيع. (و لهذا) أي و لكون بيع هؤلاء موقوفاً (ينعقد) البيع (في عبد الغير بإجازته) أي باجازة الغير و هو مولاه (و في المكاتب) أي ينعقد البيع فى المكاتب (برضاه في الاصح) إحترز به عما روى فى النوادر عن أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه لا يصح (و فى المدبر) أي ينعقد البيع في المدبر (بقضاء القاضى) فإنه إذا قضى ببيع المدبر فانه يجوز. (و كذا) أي و كذا ينعقد البيع (في أم الولد عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) خلافا لمحمد رحمه الله تعالى و كان فيه اختلاف بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم فعمر رضى الله تعالى عنه لم يجوزه و على رضى الله تعالى عنه جوزه ثم من بعدهم من السلف أجمعوا على عدم جواز بيعها فالحاصل أن إجماع المتأخرين مع الاختلاف المتقدم عندهما لا يرفع إذ ليس لاجماع التابعين

---

(١)قال الأكملؒ فى العناية ص ٨٩ ج٦.

إلا أن المالك باستحقاقه المبيع و هؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين و هلك أحدهما قبل القبض و هذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع و لا بيعاً بالحصة ابتداء و لهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

من القوة ما يرفع خلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فكان القضاء في مجتهد فيه فينفذ و عند محمد رحمه الله تعالى يرفع فكان القضاء مخالفاً للإجماع فلا ينفد و المسألة أصولية فإن قيل كيف يصح قوله موقوف و قد قال في أول الباب و بيع أم الولد و المدبر و المكاتب باطل فالجواب أنه باطل إذا لم يجز المكاتب و لم يقض القاضي بجواز بيع المدبر و أم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك. (إلا أن المالك) استثناء من قوله دخلوا تحت العقد يعني أن المالك (باستحقاقه المبيع) و هو العبد الذي كان للغير (و هؤلاء) أي المدبر و المكاتب و أم الولد (باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) و قال تاج الشريعة لان المالك إلى آخره جواب من يقول لما دخل هؤلاء تحت العقد لقيام المالية ينبغي أن لا يكون بيع هؤلاء فاسداً فأجاب بقوله إلا أن المالك إلى آخره يعني أن البيع الموقوف إذا رد من له ذلك بطل و هنا كذلك فإن المالك و هؤلاء ردوه و لهم ذلك لاستحقاق المالك المبيع و استحقاق هؤلاء أنفسهم (فكان هذا) أي الوجه بالإستحقاق بعد الدخول (إشارة إلى البقاء) أي بقاء البيع لأن الرد بالإستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان (كما إذا اشترى عبدين و هلك أحدهما قبل القبض) فإن العقد يبقى في الباقي بحصته من الثمن بقاء لا ابتداء. (و هذا) أي الجمع بين القن و أحد المذكورين (لا يكون شرط البيع في غير المبيع و لا بيعاً) أي و لا يكون بيعاً (بالحصة ابتداء) بعد ما ثبت دخولهم في البيع (و لهذا لا يشترط) حالة العقد (بيان ثمن كل واحد) من العبد و المدبر (فيه) أي فيما إذا جمع بين القن و المدبر أو عبد غيره و في الكافي (١) و لو جمع بين وقف و ملك و أطلق صح في الملك في الأصح.

---

(١) و في الكافي الخ. كذا في فتح القدير ص ٩١ ج٦. و في البحر ص ١٤٩ ج٦. أراد بالوقف ما ليس بمسجد فإن المسجد لو ضم إلى الملك فإنه يبطل فيهما لأن المسجد كالحر كذا ذكره الشارح. و قيده في التجنيس بالعامر لأن المسجد الخراب لو ضم إلى الملك لم يبطل في الملك لجواز بيع المسجد إذا خرب في أحد القولين فصار مجتهداً فيه كالمدبر و لا يشكل ما في المحيط من أنه لو باع قرية و لم يستثن ما فيها من المساجد و المقابر فالأصح الصحة في الملك لأن ما فيها من المساجد و المقابر مستثنى عادة. ثم اعلم أنه قد وقعت حادثة في القسطنطونية هي جمع بين وقف و ملك و باعهما صفقة واحدة فأفتى مفتيها بعدم الصحة في الملك كالوقف فاعترض عليه بأنه مخالف للأصح فأجاب بأنه محمولٌ على وقف لم يحكم بصحته ولزومه ليكون كالمدبر مجتهداً فيه أما ما قضى القاضي به فهو كالحر للزومه إجماعاً فيسري الفساد إلى الملك لكن يرد عليه ما صرح به قاضي خان في فتاواه ⇐

فصل في أحكامه

و إذا قبض المشتري المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع و في العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع

(فصل في احكامه)

أي هذا فصل في بيان أحكام البيع الفاسد (و إذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد) إنما عبر بالفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئاً (بأمر البائع) أي بإذنه صريحاً أو دلالة بأن يقبضه في المجلس بحضرته فإن لم يقبضه بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يفيده مطلقاً. (و فى العقد عوضان كل واحد منهما مال) قيد به لفائدة و هي أنه إذا كان أحد العوضين أو كلاهما غير مال فالبيع باطل كالبيع بالميتة و الدم و الحر و البيع بالخمر و الخنزير فاسد كما ذكره المصنفّ في أول باب البيع الفاسد و في هذا الفصل شرع في بيان حكم البيع الفاسد و هو القبض فقال و إذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد إلى آخره. ثم ذكر خلاف الشافعي رحمه الله تعالى بما يدل على أنه لا يفرق بين الفاسد و الباطل على ما تقف عليه الآن إن شاء الله تعالى (ملك المبيع

=> أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه و ليس هو كالحر بدليل أنه لو ضم إلى ملك لا يفسد البيع فى الملك و هكذا فى الظهيرية. و هذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع إلى الحق و هو إطلاق الوقف لأنه بعد القضاء و إن صار لازماً بالإجماع لكنه يقبل البيع بعد لزوم الوقف إما بشرط الاستبدال و هو صحيح على قول أبي يوسف المفتى به أو بضعف غلته كما هو قولهما أو بورود غصب عليه و لا يمكن انتزاعه فللناظر بيعه كما في فتاوى قاضي خان أو بقضاء قاضٍ حنبلي ببيعه فإن عنده بيع الوقف يجوز و يشتري ببدله ما هو خير منه كما فى معراج الدراية فكيف يجعل الوقفُ كالحر مع وجود هذه الأسباب المجوزة لبيعه و الله الموفق للصواب و إليه المرجع و المآب انتهى. و فى المنحة على البحر: قوله (فأفتى مفتيها) هو مولانا أبو السعود جامع أشتات العلوم تغمده الله تعالى برضوانه كذا فى النهر. قال و وافقه بعض علماء العصر من المصريين و منهم شيخنا الأخ إلا أنه قال في شرحه هنا يرد عليه الخ. قوله: (و لكن يرد عليه ما صرح به قاضي خان الخ) فإن قلت: يمكن حمل القضاء في كلام قاضي خان على القضاء بصحته لا بلزومه فلا يرد ما أفتى به مفتي الروم. قلت: هو مطلق فيحمل على الكامل و هو القضاء بلزومه و الله تعالى أعلم و لأن في حمله على القضاء بلزومه فائدة بخلاف حمله على القضاء بالصحة فإنه لا فائدة فيه لأنه صحيح بدونه. أقول: و كلام شيخنا رحمه الله تعالى في شرحه هذا يفيد أن بيع الوقف فاسد و ليس بباطل كما في الحر لكن في جواهر الفتاوى صرح ببطلانه و كلامه ظاهر في أنه لا يفيد الملك فليراجع و الله تعالى أعلم كذا فى حاشية الرملي. و في الشرنبلالية صرح رحمه الله تعالى ببطلان بيع الوقف و أحسن بذلك إذ جعله في قسم البيع الباطل إذ خلاف في بطلان بيع الوقف لأنه لا يقبل التمليك و التملك و غلط من جعله فاسداً و أفتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه في عصره بجمل رسائل و لنا فيه رسالة هي "حسام الحكام" متضمنة لبيان فساد قوله و بطلان فتواه اهـ. و مراده بالغالط قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي و العلامة الشيخ أحمد الشلبي كما ذكره في تلك الرسالة.

و لزمته قيمته

و لزمته قيمته) أي قيمة المبيع و هو قول (١) عامة المشايخ رحمهم تعالى سوى أهل العراق فإنهم قالوا إن المشتري في البيع الفاسد بالقبض يملك التصرف في المبيع و لهذا لو كان المبيع جارية لا يجوز للمشتري وطئها ولو كان داراً لا يجوز فيها الشفعة للشفيع و قال الفقيه أبو الليث و هذا ليس بصحيح بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا بدليل أن المبيع لو كان داراً فقبضها فبيعت دار أخرى بجنبها فللمشتري أن يأخذ الدار بالشفعة و لو لم يملك عين الدار لم يجب له الشفعة و لو كان المبيع جارية فقبضها ثم ردها على البائع وجب الإستبراء و إنما لم يجز للمشتري أن يطأها لأنه وجب عليه ردها لئلا يكون مصراً على المعصية فاستعماله بالوطىء إعراض عن الرد فلهذا المعنى لم يجز لا لانعدام الملك و إنما لم يجب فيها الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها.

(١)و هو قول عامة المشايخ رحمهم الله تعالى. و في البحر ص ١٥٢ ج٦. و هو قول أهل بلخ رحمهم الله تعالى و هو المنصوص عليه في كلام محمد رحمه الله تعالى و هو الصحيح المختار. فإنه قال: إن المشتري خصم لمن يدعيه لأنه يملك رقبته كذا في جامع الفصولين بدليل أن المشتري إذا أعتقه بعد قبضه صح و كان الولاء له و لو باعه كان الثمن له و لو بيعت دار إلى جنبها فالشفعة للمشتري و لو أعتقه البائع لم يعتق و لو سرقه البائع من المشتري بعد قبضه قطع كما في الجوهرة فهذه كلها ثمرات الملك و بدليل وجوب الاستبراء على البائع إذا ردت الجارية عليه و لو لا خروجها عن ملكه لم تجب. و قولهم إنه يملك التصرف فقط بتسليط البائع منقوض بما إذا كان البائع وصي يتيم با ع عبده فاسداً فأعتقه المشتري فإنه يصح. و لو كان على وجه التسليط لم يصح كذا في جامع الفصولين و أما ما استدل به العراقيون من عدم حل أكله لو كان طعاماً و عدم حل لبسه لو كان قميصاً و عدم حل وطئها لو كانت جارية و استبرأها و لو وطئها وجب العقر إذا فسخ و عدم وجوب الشفعة لشفيعها فلا دليل فيه لأن عدم الحل لا يدل على عدم الملك بدليل أن ربح ما لم يضمن مملوك و لا يحل و الأخت رضاعاً إذا ملكها لا يحل له وطؤها. و إنما لم تجب الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها و هي إنما تجب بانقطاع حقه لا بملك المشتري بدليل أن من أقر ببيع داره و جحد المشتري وجبت الشفعة. هذا و قد ذكر العمادي في فصوله خلافا في حرمة وطئها فقيل يكره و لا يحرم و قيل يحرم و فيه إشارة أيضاً إلى أن البائع يملك الثمن بشرط قبضه لأنه كالمبيع كما في القنية. و في جامع الفصولين: حبلت منه صارت أم ولده و عليه قيمتها لا عقرها و قيل عليه عقرها و قيمتها و قيل يجوز للمشتري كل تصرف تجري فيه الإباحة و إلا فلا و لم تحل المباشرة كعصير وقعت فيه فأرة يحل بيعه لا مباشرته نحو أكله اه. و في القنية: إعتاق البائع المبيع بعد قبض المشتري بغير حضرته باطل و بحضرته صحيح و يكون فسخاً اه. و هو تخصيص لقولهم إن اعتاقه باطل. و في الظهيرية من باب نكاح العبد و الأمة: با ع جارية بيعاً فاسداً و قبضها المشتري ثم تزوجها البائع لم يجز اه. و لو لم يقبضها المشتري فزوجها البائع للمشتري يصح كذا في القنية اه. أقول: يشكل حينئذ ما نقلناه عن الجوهرة من قطع يده بسرقة المبيع فإن القطع يقتضي أن لا ملك له فيه و لا شبهة و قولهم بعدم صحة نكاحها للبائع يقتضي بقاء ملكه أو شبهته فينبغي أن لا يقطع البائع للشبهة و قد ذكره في السراج الوهاج أيضاً و لم أره لغير الحدادي. و الظاهر أنه قاله تفقهاً من عنده لا على أنه نقل المذهب فإنه قال: و من فوائد قوله ملكه أنه لو سرقه البائع بعد قبض المشتري قطع به و الله أعلم بالصواب.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يملكه و إن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك و لأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد و لهذا لا يفيده قبل القبض و صار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم و لنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده و لا خفاء في الأهلية و المحلية و ركنه مبادلة المال بالمال و فيه الكلام

و قال في شرح الطحاوي و الاصل في البيع الفاسد أن كل ما يملك بالبيع الجائز يملك بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض بإذن البائع و كل ما لا يملك بالبيع الجائز لا يملك بالبيع الفاسد بيانه من اشترى من رجل عبداً بخمر أو خنزير و تقابضا و هما مسلمان ملك المشتري العبد إذا قبضه بإذن البائع و لا يملك الآخر الخمر و الخنزير و كذلك لو اشترى من رجل عبداً بمدبر أو مكاتب أو بأم ولد و تقابضا ملك المشتري العبد إذا قبضه بإذن البائع و مشتري المدبر و المكاتب و أم الولد لا يملك و إن قبض بإذن البائع و كذلك لو اشترى من رجل عبده بمال الغير بغير اذن صاحبه و تقابضا ملك المشتري العبد و لا يملك الآخر ما قبض من مال الغير حتى يجيز صاحب المال. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يملكه و إن قبضه) و به قال (١) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (لانه محظور) أي حرام (فلا ينال به نعمة الملك و لان النهي (٢) نسخ للمشروعية للتضاد) أي بين النهي و المشروعية إذ النهي يقتضي القبح و المشروعية تقتضي الحسن و بينهما منافاة (و لهذا) أي و لاجل ذلك (لا يفيده) أي الملك (قبل القبض و صار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم) و قبضها المشتري لا يفيد الملك (و لنا أن ركن البيع) أي ركن البيع الفاسد و هو البيع بالخمر أو الخنزير و ركنه مبادلة المال بالمال بالتراضي (صدر من أهله) و هو كونه عاقلاً بالغاً حال كونه (مضافاً إلى محله) لان المبيع فيه مال و الثمن مال من وجه لميلان طباع الناس إلى الخمر و الخنزير غير أنه ليس بمتقوم لاهانة الشرع فلما كان الثمن مالاً من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد فإذا كان كذلك (فوجب القول بانعقاده) لوجود شرائط. (و لا خفاء في الأهلية و المحلية و ركنه مبادلة المال بالمال و فيه الكلام) جواب سؤال مقدر بأن يقال سلمنا بأن ركن البيع مبادلة المال بالمال و لكن لم قلت إنه موجود فأجاب بقوله و فيه الكلام يعني كلامنا فيما إذا وجد الركن

---

(١)و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى. راجع شرح المهذب للنووى الشافعي ص٣٧٧ ج٩. و المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٢٨٧ ج٤. (٢)و لأن النهى نسخ للمشروعية الخ. أقول جوابه و بالله العون ان اراد بالمشروعية ترتب الثمرات المطلوبة من المنهى عنه عليه شرعا فلا نسلم ذلك و لا نسلم التضاد من النهى و المشروعية بهذا المعنى كيف و هو أول المسئلة و ان أراد بها الماذونية شرعا فمسلم و لا يلزم من انتفاء الماذونية شرعا انتفاء ترتب الأحكام فليتأمل كذا فى السعدية.

و النهي (١) يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع و به تنال نعمة الملك و إنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء و إنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلي تقرير الفساد المجاور

لان الركن الذي هو المبادلة موجود في جميع البيوع الفاسدة. (و النهي يقرر المشروعية) و هذا جواب عما يقال قد يكون النهي مانعاً عن المشروعية فأجاب بقوله و النهي يقرر المشروعية (عندنا لاقتضائه التصور) ليكون النهي عما يكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب و بين أن يأتي به فيعاقب عليه (فنفس البيع مشروع و به) أي و بالبيع (تنال نعمة الملك) لكن لا بد فيه من قبح مقتضي (٢) النهي فجعلناه في وصفه مجاوراً و هو معنى قوله (و إنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء) يعني يوم الجمعة عملاً بالوجهين فإن قيل (٣) المحظور في البيع وقت النداء مجاور و أما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفاً فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحاً و أيضاً الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد و أجيب بأن غرض المصنفؒ في ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم و المجاور جمعا و المتصل وصفاً سيان في ذلك فيصح قياس أحدهما على الآخر و بان غرضه أن الحكم المنهى عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم و الكراهة و الفساد يشتركان في عدم البطلان. (و إنما لا يثبت الملك قبل القبض) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى و لهذا لا يفيده قبل القبض بيانه أن البيع الفاسد لا يثبت الملك قبل قبض المبيع (كيلا يؤدي إلي تقرير الفساد المجاور) أي عن جهة الشارع لأن البيع الفاسد منهى عنه و لو ثبت الملك قبل القبض يكون التسليم و التسليم واجباً مشروعًا فيكون الشارع آمراً و ناهياً في شيء واحد و هذا لا يجوز فإن قيل لو ثبت الملك بعد القبض يلزم تقرير الفساد أيضاً قلنا لو ثبت قبل القبض يكون الفساد مضافاً إلى نفس البيع. و البيع مشروع بشرع الله تعالى فيكون الفساد مضافاً إلى الشارع و لا كذلك بعد القبض لان الملك مضافاً إلي القبض و القبض يوجب الضمان كما في المقبوض على سوم الشراء فكان

---

(١) و النهي. أقول معارضة للدليل الثاني. قال المصنفؒ يقرر المشروعية. أقول بمعنى ترتب الأحكام المطلوبة منه عليه شرعا لا بمعنى المأذونية شرعا. قال المصنفؒ لاقتضائه التصور الك. أقول يعني تصوره موجودا شرعا تصورا مطابقا للواقع فاذا كان موجودا شرعا يترتب عليه الآثار و الأحكام المطلوبة اذ هو معني الوجود الخارجي على ما بيّن في موضعه. قال المصنفؒ فنفس البيع. أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنفؒ مشروع. أقول أي ماذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة و اشارة الى الجواب عن دليل الشافعي رحمه الله تعالى و الفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكرى. كذا في السعدية. (٢) مقتضى النهي. أقول قوله مقتضى النهي حال كذا في السعدية.
(٣) فان قيل الخ. كذا في العناية ص ٩٣ ج ٦.

إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى و لأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة و الميتة ليست بمال فانعدم الركن و لو كان الخمر مثمناً فقد خرجناه و شيء آخر و هو أن في الخمر الواجب هو القيمة و هي تصلح ثمناً لا مثمناً ثم شرط

تقرير الفساد مضافاً إلى العبد كذا نقل عن القاضي الارسابندي و قيل لان الفاسد لو أثبتنا الملك به الملك قبل القبض و بعده لكان مساوياً للصحيح و لو ألغينا الملك به لكان مساوياً للباطل فأثبتنا الملك بعد القبض به عملاً بالدين و فيه نوع تأمل لان الفاسد و الباطل متساويان عند الخصم. (إذ هو)تعليل لقوله كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور أي لان البيع الفاسد(واجب الرفع بالاسترداد) أي بطلب رد المبيع من يد المشتري فلا جرم لم يفد الملك قبل القبض (فبالامتناع عن المطالبة أولى) يعني أن البيع الفاسد إذا افاد الملك بالقبض يجب استرداد المبيع من يد المشتري رفعاً للفساد و اجتناباً عن المعصية فبامتناع المشتري عن مطالبة تسليم المبيع دفعا للفساد أولى من رفع الفساد بالاسترداد لان الدفع أسهل من الرفع (و لان السبب قد ضعف) دليل ثان على عدم ثبوت الملك قبل القبض يعني أن السبب و هو البيع الفاسد قد ضعف (لمكان اقترانه بالقبيح) و هو النهي عنه فلاجل هذا لم يفد الملك (فيشترط اعتضاده) أي تقويته (بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة) في احتياجه إلى ما يعضد العقد من القبض. (و الميتة ليست بمال) جواب (١) عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة تقريره أن الميتة ليست بمال و ما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه و هو معنى قوله (فانعدم الركن) فلا ينعقد العقد فالقياس فاسد (و لو كان الخمر مثمناً فقد خرجناه) هذا جواب لقوله أو باع الخمر بالدراهم يعني ذكرنا تخريجه في أوائل (٢) باب البيع الفاسد و أراد به ما ذكره ثمة و أما بيع الخمر و الخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم و الدنانير فالبيع باطل و إن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله إلى آخره (و شيء آخر) أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك (و هو أن في الخمر الواجب هو القيمة) لاعين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر و تسلمها (و هي) أي الخمر (تصلح ثمناً لا مثمناً) اي مبيعاً فلو قلنا بانعقاد البيع في هذه الصورة لجعلنا القيمة مثمناً اذ كل عين فيمقابلة الدراهم و الدنانير في البيع مثمن لتعين الدراهم و الدنانير للثمنية خلقة و شرعاً و ما عهد في صورة من صور البياعات أن تكون القيمة مثمناً لانه يؤدي إلى تغيير المشروع. (ثم شرط) أي القدوري

---

(١)جواب الخ. كذا في العناية ص٩٥ ج٦. (٢)وائل باب البيع الفاسد البناية ص٢١٥ ج١٠.

أن يكون القبض بإذن البائع و هو الظاهر إلا أنه يكتفى به دلالة كما إذا قبضه في مجلس العقد استحساناً و هو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض فإذا قبضه بحضرته قبل الإفتراق و لم ينهه كان بحكم التسليط السابق و كذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً و شرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع و هو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة و الدم و الحر و الريح و البيع مع نفي الثمن و قوله لزمته قيمته في ذوات القيم

(أن يكون القبض بإذن البائع) حيث قال و إذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع (و هو الظاهر) أي ظاهر الرواية (إلا أنه يكتفي به) أي بالإذن (دلالة) أي من حيث الدلالة (كما إذا قبضه) أي المشتري (في مجلس العقد استحساناً) أي يصح من حيث الإستحسان (و هو الصحيح) أي الإستحسان هو الصحيح و احترز به (١) عما ذكره صاحب الإيضاحِ و سماه الرواية المشهورة فقال و ما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض و أشار إلى وجه الصحيح بقوله (لأن البيع تسليط منه) أي من البائع (على القبض فإذا قبضه بحضرته) أي بحضرة البائع (قبل الافتراق و لم ينهه) أي البائع لم ينه المشتري عن القبض (كان) أي القبض (بحكم التسليط السابق) فيكتفي به (و كذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً) يعني يكتفي بسكوت الواهب و عدم نهيه الموهوب له عن القبض استحساناً أي من حيث الاستحسان. (و شرط) أي القدوريِّ و في بعض النسخ و يشترط (أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق (٢) ركن البيع و هو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه) أي على قول القدوريِّ (البيع بالميتة و الدم و الحر و الريح) بأن قال بعت هذا الشيء بالريح الشمالي التي تهب من مكان الجانب الشمالي و ذلك المكان ملك المشتري (و البيع مع نفي الثمن) أي في (٣) رواية لأنه إذا نفاه فقد نفى الركن عن العقد فلم يكن بيعاً إذ البيع مشتمل على العوضين و ما لا يشتمل على العوضين فهو هبة و صدقة و في رواية ينعقد بيعاً لأن نفيه لا يصح لانه نفى بحكم العقد و إذا لم يصح نفيه صار كأنه سكت عن ذكر الثمن و لو باع و سكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع فاسداً و يثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لأن مطلق العقد يقتضي المعاوضة فإذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته و كأنه باعه بقيمته فيفسد البيع (و قوله) أي قول القدوريِّ (لزمته(٤)قيمته في ذوات القيم) كالحيوانات و العدديات المتفاوتة

---

(١)احترز به الخ. كذا في العناية و الكفاية ص٩٥ ج٦. (٢)ليتحقق ركن البيع. أقول يعني ليظهر تحققه فان الفاسد قد يستعمل في معنى العام للباطل أيضا كذا في السعدية (٣)في رواية الخ. نحوه في الكفاية ص٩٦ ج٦ (٤)لزمته=>

فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب و هذا لأن المثل صورة و معنى أعدل من المثل معنى قال و لكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد و هذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه و كذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته

(فأما في ذوات الأمثال) كالمكيلات و الموزونات و العدديات غير المتفاوتة (يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض) و احترز به عن البيع الصحيح و القول في القيمة و المثل قول المشتري لأنه هو الذي يلزمه الضمان فالقول قوله في القدر و البينة للبائع كذا في شرح مختصر الكرخيّ (فشابه الغصب) و الحكم في الغصب كذلك (و هذا) أي وجوب المثل في ذوات الامثال (لان المثل صورة و معني أعدل من المثل معنى) و هو القيمة لانه إنما يرجع إليها عند العجز عن المثل صورة و معنى (قال) أي القدوريّ (و لكل واحد من المتعاقدين فسخه) أي حق فسخ البيع الفاسد. (رفعاً (١) للفساد) و قال الاتزازيّ رفعاً للفساد بالراء لا بالدال كذا السماع و ذلك أن رفع الشيء إنما يكون بعد وقوع ذلك الشيء و دفعه يكون قبل وقوعه و الفساد هنا واقع فكان المسموع هو الصحيح قلت نسخة شيخيّ أيضاً بالراء و لكن قوله و دفعه يكون قبل وقوعه فيه تأمل لان الدفع بحسب اللغة لا يختص بالقبل و البعد و قال في الايضاح و يكره للمشترى ان يتصرف فيه بتمليك أو انتفاع لان الفسخ مستحق حقاً لله تعالى لان إعدام الفساد واجب و التصرف فيه تقرير الفساد (و هذا) أي كون حق الفسخ لكل منهما (قبل القبض ظاهر لانه) أى لان البيع الفاسد (لم يفد حكمه) و هو الملك (فيكون الفسخ امتناعاً منه) اي من الحكم (و كذا بعد القبض) لكل واحد منهما فسخه (اذا كان الفساد فى صلب العقد) أى فى البدل أو المبدل كبيع درهم بدرهمين و بيع ثوب بخمر (لقوته) أى لقوة الفساد ففي الصورتين يملك فسخه بحضرة صاحبه عندهما لانه

=> قيمته يعني يوم القبض و لو زادت قيمته فى يده فأتلفه لأنه انما دخل فى ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب و قال محمد رحمه الله تعالى عليه قيمته يوم أتلفه لأنه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كذا فى فتح القدير ص٩٦ ج٦ معزيا الي الكافى. (١)رفعاً للفساد أي للمعصية فرفعه حق لله تعالى فان نفس العقد مكروه و الجرى على موجبه بالتصرف فى المبيع تمليك أو انتفاع بوطء أو لبس أو أكل كذلك أى يكره لما فيه من تقرير المعصية و هى كراهة التحريم و الوجه أن يكون حراما لأن الاجماع على منعه شرعا قطعي يوجب الحرمة و عرف من تعليل المصنفّ برفع المعصية أن الواجب أن يقال و على كل واحد فسخه غير أنه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه كذا فى فتح القدير ص٩٧ ج٦. أقول لعل اللام فى قول القدوريّ و لكل واحد الخ بمعنى على كما فى قوله تعالى و ان أسأتم فلها (الاسراء:٧) و على هذا فليس التعليل أخص من الدعوى تأمل.

و إن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد إلا انه لم يتحقق المراضاة فى حق من له الشرط قال فإن باعه المشتري نفذ بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه و سقط حق الإسترداد لتعلق حق العبد بالثاني

إلزام موجب للفسخ و لا يلزمه الا بعلمه و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى بغير حضرته أيضاً. (و إن كان الفساد بشرط زائد) بأن باعه على أن يقرضه أو يهبه كذا أو باعه إلى أجل مجهول (فلمن (١) له الشرط ذلك) أي الفسخ و من له الشرط أى منفعة الشرط و هو البائع فى صورة الاقراض و المشترى فى صورة الاجل (دون من عليه لقوة العقد) دليل لقوله دون من عليه يعني أن فسخ من عليه لا يجوز لان العقد قوى لان الشرط دخل فى أمر زائد لا في صلب العقد. (إلا انه) استثنى من قوله لقوة العقد يعني أن العقد لما كان قوياً كان القياس أن لا يفسخ من له الشرط أيضا إلا أنه (لم يتحقق المراضاة فى حق من له الشرط) فله أن يفسخه و قال الكاكيّ إلا أنه إلى آخره جواب (٢) سؤال يرد على قوله لقوة العقد يعني لما كان العقد قوياً ينبغي أن لا يكون لأحد ولاية الفسخ. (قال) أي القدوريّ (فإن باعه (٣) المشتري) أي الذي اشترى بالشراء الفاسد (نفذ بيعه لأنه ملكه) بالقبض (فملك التصرف فيه) سواء كان بيعاً أو هبة أو إعتاقاً غير أنه لا يحل له الأكل إن كان مأكولاً و إن كانت جارية لا يحل له وطيها كذا في شرح الطحاويّ و قال شمس الأئمة الحلوانيّ يكره له الوطيء و لا يحرم كذا فى الفتاوى الصغرى و فى شرح الطحاوى و إذا باعه المشتري ليس للبائع إبطاله و على المشتري القيمة ان كان قيميا أو المثل إن كان مثلياً و يطيب ذلك الملك للثاني لأنه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول فانه لا يحل له و لا يطيب لأنه ملكه بعقد فاسد. و لو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري صارت أم ولد له و يغرم القيمة و لا يغرم العقر في رواية كتاب البيوع و في رواية كتاب الشرب عليه العقر و لو رهن المشترى المبيع صح الرهن و ليس للبائع إبطاله و إن فكه المشتري قبل أن يقضى عليه بالقيمة فانه يرد على البائع إبطاله و إن فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له على المبيع و إن آجره صحت الإجارة غير أن للبائع أن يبطلها و يسترد المبيع (و سقط حق الإسترداد لتعلق حق العبد بالثاني) أي لتعلق حق المشتري الثاني بالعقد الثاني

(١)فلمن له الشرط الخ. أقول هذا عند محمد رحمة الله تعالى و أما عند الشيخين رحمهما الله تعالى فلكل منهما حق الفسخ لعدم اللزوم و هذا اذا كان المبيع فى يد المشترى على حاله لم يزد و لم ينقص نحوه فى الفتح و العناية ص٩٧ ج٦. (٢)جواب سؤال الخ. نحوه فى الفتح. (٣)فان باعه المشترى. أراد بالبيع الصحيح لأنه لو باعه فاسدا فانه لا يمنع النقض و أطلقه فشمل ما اذا قبضه المشترى الثانى أو لا و لكنه مقيد بما اذا لم يكن فيه خيار شرط لأنه ليس بلازم كذا فى البحر ص١٥٦ ج٦.

و نقض الأول لحق الشرع و حق العبد مقدم لحاجته و لأن الأول مشروع بأصله دون وصفه و الثاني مشروع بأصله و وصفه فلا يعارضه مجرد الوصف و لأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد و يستويان في المشروعية و ما حصل بتسليط من الشفيع

(و نقض الأول) أي البيع الأول (لحق الشرع) من جهة الفساد فيه و حق الشرع إذا اجتمع مع حق العبد يقدم حق العبد و هو معنى قوله (و حق العبد (١) مقدم عليه لحاجته) لأن الله تعالى أغنى و العفو منه أرجى بخلاف المشترى من الغاصب لأنه تعلق به حق المشترى و حق المغصوب منه و كلاهما حق العبد فترجح حق المغصوب منه لأنه أسبق كذا في المبسوط (٢) (و لأن الأول) هذا دليل على سقوط حق استرداد البائع بعد بيع المشتري من غيره يعني أن البيع الأول (مشروع بأصله) لأنه لا فساد في أصل البيع (دون وصفه) لدخول الفساد فيه (و الثاني) أي البيع الثاني (مشروع بأصله و وصفه) لأنه لا فساد فيهما جميعاً (فلا يعارض مجرد الوصف) أي فلا يعارض المشروع بأصله و وصفه المشروع بمجرد الوصف حاصله أن الفاسد لا يعارض الصحيح (و لأنه) هذا دليل ثالث على سقوط حق استرداد البائع بعد بيع المشتري أي و لأن البيع الثاني (حصل بتسليط من جهة البائع) حيث كان القبض بإذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته و ذلك باطل فإن قلت هذا المعنى و هو التسليط وجد قبل بيع المشتري أيضاً و مع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسخه إعداماً للفساد فانتقض العلة قلت معناه حصل بتسليط من جهة البائع و قد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال. (بخلاف تصرف المشتري) هذا جواب (٣) عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعاً عن نقض التصرف لم ينتقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع و الهبة و البناء و غيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع أن ينقضها و تقرير الجواب ما قال من قوله بخلاف تصرف المشتري (في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما) أي من حق الشفيع و حق المشتري(حق العبد و يستويان في المشروعية و ما حصل بتسليط من الشفيع) أي لم يوجد التسليط من الشفيع لأن التسليط إنما يثبت بالاذن أو بإثبات الملك المطلق للتصرف و لم يوجد من الشفيع

(١)حق العبد مقدم الخ. فان قيل يشكل على هذا ما اذا كان حلالا و في يده صيد ثم أحرم يجب عليه إرساله و فيه تقديم لحق الله تعالى على حق العبد قلنا الواجب الجمع بين الحقين و انما يصار الى الترجيح اذا لم يمكن و ههنا أمكن بأن يرسل من في يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه كذا في الكفاية ص٩٨ ج٦. و نحوه في العناية.
(٢)المبسوط للسرخسي ص٢٥ ج١٣. (٣)هذا جواب الخ. كذا في العناية ص٩٩ ج٦.

قال و من اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه و أعتقه أو باعه أو وهبه و سلمه فهو جائز و عليه القيمة لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته و بالإعتاق قد هلك فتلزمه القيمة و بالبيع و الهبة انقطع الإسترداد على ما مر و الكتابة و الرهن نظير البيع لأنهما لازمان إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب و فك الرهن لزوال المانع و هذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ الأعذار و رفع الفساد عذر و لأنها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً.

شيء من ذلك فكان له الاسترداد. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه) بإذن البائع (و أعتقه أو باعه أو وهبه و سلمه فهو جائز) أعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله تعالى (و عليه القيمة لما ذكرنا) فيما تقدم (أنه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته) و أصل المسئلة أن البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض بالاذن عند أصحابنا رحمهم الله تعالى خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى و قد مر بيان ذلك فيما مضى (و بالاعتاق قد هلك) أي لم يبق ماليته بالعتق (فتلزمه القيمة و بالبيع و الهبة قد انقطع حق الاسترداد على ما مر) أشار به إلى قوله لتعلق حق العبد بالثاني و هو المشتري الثاني. (و الكتابة و الرهن نظير البيع لأنهما لازمان) فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى) إلا أنه يعود حق الاسترداد لعجز المكاتب و فك الرهن لزوال المانع) و هو تعلق حق العبد قيل و ليس لتخصيصهما في عود الاسترداد فائدة زائدة فانه ثابت في جميع الصور إذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الإسترداد لعود قديم ملكه إليه ثم عود حق الإسترداد في جميع الصور إنما يكون إذا لم يقض على المشتري بالقيمة و أما إذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى العين كما إذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد. (و هذا) أي انقطاع الإسترداد بالتصرفات المذكورة (بخلاف الاجارة) فإن حق الاسترداد فيها لا ينقطع (لأنها تفسخ بالأعذار و رفع الفساد عذر) من أقوى الأعذار و في الذخيرة و المبسوط (١) لا يبطل حق الاسترداد بالاجارة و النكاح لأن الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار و قيام حق الشرع في الرد لفساد السبب من أقوى الأعذار فيفسخ به ألا ترى أن المشتري لو آجر المبيع ثم وجد به عيباً كان له فسخ الاجارة للرد بالعيب فهذا أولى و لم يذكر (٢) محمد رحمه الله تعالى من يفسخ الاجارة و ذكر في النوادر أن القاضي يفسخها (و لأنها) أي و لأن الاجارة (تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً) يعني أن

---

(١) المبسوط للسرخسي ص ٢٦ ج ١٣. (٢) و لم يذكر محمد رحمه الله تعالى الخ. كذا في الكفاية ص ١٠٠ ج ٦.

قال و ليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن و إن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته و غرمائه بعد وفاته كالراهن ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد و هو الأصح

الاجارة تنعقد على المنافع و هي تحدث شيئاً فشيئاً إلا أن العين أقيمت مقام المنفعة ففي أي وقت رد العقد كان الرد امتناعاً من انعقاد العقد في حق المنفعة التي تحدث بعده لعدم الضرورة فلا يكون فيه رفع العقد الثابت. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و ليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) الذي أخذه قال الأترازي قوله حتى يرد الثمن أي القيمة أخذها من المشترى ذكرها بعض الشارحين و فيه نظر لأن القيمة إنما تجب في البيع الفاسد إذا هلك المبيع و هنا المبيع قائم و إنما أثبت محمد رحمه الله تعالى اسم الثمن و إن كان البيع فاسدا لتصور صورة الثمن حيث قوبل بالمبيع قلت أراد ببعض الشارحين السغناقي رحمه الله تعالى لأنه قال هكذا فراراً عن المجاز و قال الامام التمرتاشي هذا الحكم ليس بمخصوص بالبيع الفاسد بل هذا الحكم ثابت في الإجارة الفاسدة و الرهن الفاسد و القرض الفاسد إعتباراً بالعقد الجائز إذا تفاسخا لأن هذه عقود معاوضة فيوجب السوية بين البدلين (لأن المبيع مقابل به) أي بالثمن الذي أعطاه المشتري (فيصير محبوساً به) أي بالثمن (كالرهن) بالدين لكنه يفارقه من وجه آخر و هو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير و ههنا المبيع مضمون الثمن بجميع قيمته كما في الغصب (و إن مات البائع فالمشترى أحق به) أي بالمبيع (حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه) أي على البائع (في حياته فكذا) يقدم (على ورثته و غرمائه بعد وفاته كالراهن) فإنه إذا مات و له ورثة و غرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة و الغرماء حتى يستوفي الدين. (ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها (١) تتعين) بالتعيين (في البيع الفاسد و هو الأصح) إحترز به عن رواية (٢) أبي حفص فإنه قال لا تتعين كما في البيع الجائز و قال علاء الدين في طريقة الخلاف و المختار عدم التعيين يعني في العقود الفاسدة و إليه ذهب فخر الاسلام و الصدر الشهيد رحمهما الله تعالى لأن البيع الفاسد في حكم النقض و الاسترداد ثم كما تتعين الدراهم و الدنانير في العقود الفاسدة فكذلك تتعين في الوديعة و الغصب و الهبة و الوصية في المضاربة و الشركة قبل القبض و التسليم

---

(١) لأنها تتعين بالتعيين على رواية أبي سليمان كما في الشروح الثلاثة. (٢) رواية أبي حفص و هو رواية كتاب الصرف كذا في الفتح.

لأنه بمنزلة الغصب و إن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا قال و من با ع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى رواه يعقوبُ عنه فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية و قالا ينقض البناء و ترد الدار و الغرس على هذا الاختلاف

و قال الامام البردعيّ فى جامعه إنما يتعين الدراهم و الدنانير في البيع الفاسد اذا كان البيع الفاسد صريحاً و ان لم يكن صريحاً لا تتعين ألا ترى أن البيع الفاسد بمنزلة الغصب و كان الثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب و الدراهم المغصوبة تتعين حتى وجب رد عينها ان كانت قائمة و به شرح الإمام قاضي خانٌ (لأنه) أي لأن البيع الفاسد (بمنزلة الغصب) و الثمن فى يد البائع بمنزلة المغوب لأن الثمن فى البيع الفاسد مضمون بالقبض كالمغصوب مضمون بالقبض. (و إن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه بمنزلة الغصب. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من با ع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشترى فعليه قيمتها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) لفظ محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى أن رجلاً با ع من رجل داراً بيعاً فاسداً فقبضها المشتري فبنى فيها قال ليس للبائع أن يأخذها و لكنه يأخذ قيمتها ثم شك يعقوبٌ فى هذه المسألة بعد ذلك و قال يعقوب و محمد رحمهما الله تعالى ينقض البناء و يرد الدار الى صاحبها إلى هنا لفظ محمد رحمه الله تعالى (رواه يعقوبٌ عنه) أي روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبى حنيفة رحه الله تعالى (فى الجامع الصغير ثم شك) أي أبو يوسف رحمه الله تعالى (بعد ذلك) أي بعد الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى شك فى حفظها عنه و هو معنى قوله (فى الرواية) عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا في مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه ذكر في جامع البزدويّ قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لمحمد رحمه الله تعالى ما رويت لك عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يأخذ قيمتها إنما رويت لك أن ينقض البناء و قال محمد رحمه الله تعالى بل رويت لى عنه أنه يأخذ قيمتها و قد أشار إلى ذلك في بعض النسخ فقال محمد رحمه الله تعالى ثم شك يعقوبٌ فى هذه المسئلة و لم يدل هذا على أنه شك فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى بل يدل على أنه شك فى سماعه عنه و في الإيضاح قال المعليّ رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى إلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قوله الأول مع محمد رحمه الله تعالى أشار إليه المصنفٌ بقوله (و قالا) أي أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ينقض البناء و ترد الدار) أي على صاحبها كما هو مذكور فى الجامع الصغير (و الغرس على هذا الإختلاف) يعني ينقطع به حق الفسخ عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما و قد نص محمد رحمه الله تعالى على الإختلاف في كتاب الشفعة

لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء و يبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى و له أن البناء و الغرس مما يقصد به الدوام و قد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الإسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط و لهذا لا يبطل بهبة المشتري و بيعه فكذا ببنائه و شك يعقوب في حفظه الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى

فإنه قال إذا اشترى المشترى شراء فاسداً فبنى فيها أو غرس لا يثبت حق الشفعة للشفيع عندهما و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يثبت (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه) أي في حق الشفيع (إلى القضاء و يبطل) أي حق الشفيع (بالتأخير) أي بتأخير الطلب (بخلاف حق البائع) فإنه لا يحتاج إلى ذلك (ثم أضعف الحقين) الذى حق الشفيع (لا يبطل بالبناء فأقواهما) أي فأقوى الحقين الذى حق البائع (أولى) بأن لا يبطل (و له) أي و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن البناء و الغرس مما يقصد به الدوام و قد حصل) أى كل واحد من البناء و الغرس (بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الإسترداد) لأنه لا يجوز للإنسان أن يسعى في نقض ماتم من جهته (كالبيع) أي فصار كما إذا باعه المشتري بيعا صحيحا أو وهبه من غيره (بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط و لهذا) أي و لاجل عدم التسليط من الشفيع (لا يبطل) أي حق الشفيع (بهبة المشترى و بيعه) يعني لو وهبها الإنسان أو باعها من آخره (فكذا ببنائه) أى فكذا لا يبطل ببنائه و إذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع فى الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشترى و اعترض (١) بأنه إذا وجب نقض البناء لحق الشفيع و فيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الأولى لأن فيه إعدام الفاسد قال الاكملُ و إذا تؤمل ماذكر فليس بوارد إذ البائع مسلط دون الشفيع و لا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الأولوية و بطلت الملازمة. (و شك يعقوبُ) هو أبويوسف رحمه الله تعالى (في حفظه الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى) لما كان

---

(١) اعترض الخ. كذا في العناية ص ١٠٢ ج٦. و فيه أيضا و اعترض أيضا بأنه اذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضى و هو العقد الفاسد و انتفاء المانع و هو البناء كما اذا باع المشترى شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ. و أجيب بوجود مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفى بعد ثبوت الملك للشفيع و انه مانع آخر من الاسترداد و هذا لأن النقض انما وجب ضرورة ابقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى و هو التسليم الى الشفيع. و نحوه فى الكفاية.

و قد نص محمد رحمه الله تعالى على الإختلاف في كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء و ثبوته على الإختلاف قال و من اشترى جارية بيعاً فاسداً و تقابضا فباعها و ربح فيها تصدق بالربح و يطيب للبائع ما ربح في الثمن و الفرق

هذا الموضع محتاجاً إلى تأكيد كرر المصنفّ قوله شك يعقوبّ قال الأكملّ (١) و في كلامه نوع انغلاق لأنه قال رواه يعقوبّ عنه في الجامع الصغير و الراوى فى الجامع الصغير عنه محمد رحمه الله تعالى لأنه تصنيفه إلا إذا أريد بالجامع الصغير المسائل التى رواها يعقوبّ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لمحمد رحمه الله تعالى و قال تاج الشريعةّ و شك يعقوبّ فى حفظ الرواية قال مشايخنا رحمهم الله تعالى شك أبويوسف رحمه الله تعالى أن قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى هل يخالف قولهما أم لا فوقع الشك و لا يتحقق الاختلاف و الأصح على الخلاف و شك أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الرواية أنه هل سمع منه أم لا. (و قد نص محمد رحمه الله تعالى على الاختلاف فى كتاب الشفعة) فانه قال اذا اشترى المشترى شراء فاسدا فبنى فيها أو غرس لا يثبت حق الشفعة للشفيع عندهما و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يثبت (فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء و ثبوته على الاختلاف) فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يثبت حق الشفعة فكان انقطاع حق البائع في الاسترداد ثابتاً و عندهما لا يثبت لانه لم ينقطع حق البائع في الاسترداد و قال الاترازيّ و قال بعض الشارحينّ قوله و ثبوته بالرفع عطف على قوله مبنى و هو ضعيف قلت أراد ببعض الشارحين السغناقيّ و تبعه على ذلك الكاكيّ أيضاً و لكن الاترازيّ لم يبين وجه الضعف صريحاً و الذى يظهر لي أن ثبوته مرفوع بالابتداء و خبره هو قوله على الاختلاف لان تحرير الكلام هنا و تحقيق معناه أن حق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس و ثبوته مختلفٌ فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع و من قال بانقطاعه قال بعدم إنقطاع حق البائع لان وجود اللزوم بدون لازمه محال و على هذا فمن حفظ مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى ثبوت الشفعة لا يشك فى مذهبه فى انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك الا فى رواية عنه لمحمد رحمه الله تعالى فافهم فانه موضع دقيق يحتاج إلى فكر عميق. (و من اشترى جارية بيعاً فاسداً و تقابضا فباعها و ربح فيها تصدق بالربح و يطيب للبائع ما ربح فى الثمن) البائع هو بائع الجارية (و الفرق) أي بين الصورتين و هما طيب الربح لبائع الجارية فى الثمن و عدم الطيب

---

(١)قال الأكملُ فى العناية ص١٠٣ ج٦.

أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح و الدراهم و الدنانير لا يتعينان (١) في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق و هذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة و فيما لا يتعين شبهة من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن و عند فساد الملك

لمشتري الجارية (أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها) أي بعين الجارية و معنى تعين الجارية أنه إذا با ع جارية معينة ليس له أن يعطي جارية أخرى مكانها و لما تعلق العقد بها و حصل الربح من هذه الجارية كان الربح جآء من بدل المملوك ملكاً فاسداً (فيتمكن الخبث في الربح) و الخبث عدم الطيب فيتصدق بالربح (و الدراهم و الدنانير لا يتعينان في العقود) أي في عقود البياعات و احترز به (٢) عن الوديعة و الشركة و الغصب و نحوها و عند زفر (٣) و الشافعي رحمهما الله تعالى يتعينان حتى لو اشترى بدراهم معينة فحبسها و أعطى البائع غيرها فللبائع أن يأبى ذلك و لو هلكت الدراهم أو استحقت يبطل البيع عندهما كما في المبيع المعين و عندنا لا يبطل (فلم يتعلق العقد الثاني بعينها) أي بعين الدراهم التي با ع المشتري الجارية بها (فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق) لان الربح حصل بالعقد لا بالدراهم. (و هذا) أي الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعين و بين ما لا يتعين حيث لا يطيب الربح في الاول و يطيب في الثاني (في الخبث الذى سببه فساد الملك) و الخبث على نوعين خبث لفساد الملك و خبث لعدم الملك كما يجيء الآن و كذلك المال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم و الدنانير و نوع يتعين بخلافهما (أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى يشمل النوعين) أراد بهما ما يتعين من المال و ما لا يتعين (لتعلق العقد) أي بمال الغير (فيما يتعين حقيقة) أي من حيث حقيقة الخبث (و فيما لا يتعين شبهة) أي من حيث الشبهة أي شبهة الخبث و بينه بقوله (من حيث أنه يتعلق به) أي بما لا يتعين (سلامة المبيع) بأن ينقد الدراهم المغصوبة (أو تقدير الثمن) عطف على قوله سلامة المبيع يعني أن الخبث لعدم الملك إنما يثبت فيما لا يتعين بطريق الشبهة لأنه تعلق به سلامة المبيع كما قلنا أو تقدير الثمن بأن أشار إلى الدراهم المغصوبة و نقد من غيرها (و عند فساد الملك

---

(١) لا يتعينان -ن- لا تتعينان. (٢) احترز به الخ. و في فتح القدير ص١٠٥ ج٦. و قول بعضهم احترز به عن الوديعة و الغصب و الشركة انما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكورا للمصنفّ و ليس كذلك.
(٣) و عند زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى الخ. نحوه في فتح القدير.

تنقلب (١) الحقيقة شبهة و الشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة و الشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال و كذا إذا ادعى على آخر مالاً فقضاه إياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء و قد ربح المدعي في دراهم يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق و بدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين.

تنقلب الحقيقة شبهة) يعني أن الخبث لفساد تنقلب حقيقته شبهة أي ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة فى الخبث لعدم الملك كما في ما يتعين يكون ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك لأن الخبث لفساد الملك أدني من الخبث لعدم الملك (و الشبهة) باعتبار فساد الملك فيما لا يتعين (تنزل إلى شبهة الشبهة) فيما لا يتعين (و الشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها) أي عن الشبهة لأن شبهة الشبهة إذا اعتبرت ينسد باب العقود إذ لا يخلو عن شبهة الشبهة فما دونها.
(قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و كذا إذا ادعى) أى رجل (على آخر مالاً) بأن ادعى عليه ألف درهم مثلاً (فقضاه إياه) أي فقضى الرجل المال (ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء و قد ربح) أي و الحال قد ربح (المدعي في الدراهم يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية) بدعوى المدعى (ثم استحق بالتصادق و بدل المستحق (٢) مملوك) ملكاً فاسداً و المستحق هو الدين و البدل الدراهم (فلا يعمل) أي الخبث (فيما لا يتعين) لأن الخبث لفساد الملك لا أثر له فيما لا يتعين لأنه شبهة الشبهة ولهذا طاب له الربح و لم يجب التصدق به.

---

(١)تنقلب –ن– ينقلب. (٢)و.بدل المستحق الخ. و فى البحر ص١٦٣ ج٦. ألا ترى أنه لو باع عبدا بجارية فأعتقه المشترى ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق في العبد و لو لا أنه مملوك لبطل لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم. و كذا لو حلف أن لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف و فارقه ثم استحق العبد مولاه و لم يجز البيع لم يحنث الحالف لأن المديون ملك ما فى ذمته بالبيع و هو بدل المستحق و لا يحنث الحالف بالاستحقاق. و فى فتح القدير (ص١٠٦ ج٦) و اعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه أما لو كان فى أصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع اليه لا يملكه أصلا لأنه متيقن لأنه لا ملك له اه. و ظاهر إطلاقهم خلافه لأن المنظور اليه وجوبه بالتسمية لا زعم المدعى و يدل عليه مسألة الحلف فانه لو غصب دراهم و قضى بها دينه ثم تبين أنها مغصوبة فانه لا حنث عليه و كذا لو غصب عبدا و باعه بدينه. انتهى ما فى البحر. و فى المنحة على البحر قوله: (و ظاهر اطلاقهم خلافه) قال فى النهر و أقول: قد صرحوا فى الاقرار بأن المقر له اذا كان يعلم أن المقر كاذب فى اقراره لا يحل له أخذه عن كره منه أما لو اشتبه الأمر عليه حل له الأخذ عند محمد رحمه الله تعالى خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى كما سيأتي و حينئذ فلا يطيب له ربحه و يحمل كلامه هنا على ما اذا ظن أن عليه دينا بإرث من أبيه مثلا ثم تبين أن وكيله أوفاه لأبيه فتصادقا أن لا دين حينئذ يطيب له و هذا فقه حسن فتدبره اه. و نقله عنه الرملىّ وأقره.

فصل فيما يكره

قال و نهى رسول الله ﷺ عن النجش و هو أن يزيد في الثمن و لا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه الصلاة و السلام لا تناجشوا

(فصل فيما يكره)

أي هذا فصل في بيان ما يكره في باب البيوع و المكروه (١) أدنى درجة من الفاسد و لكن هو شعبة من شعبه فلذلك ألحقه به و أخره عنه و قد علم (٢) في الأصول أن القبح إذا كان لأمر مجاور كان مكروهاً و إذا كان لوصف متصل كان فاسداً (قال و نهى رسول الله ﷺ عن النجش) (٣) بفتحتين و يروى بالسكون و قيل بالتحريك إسم و بالسكون مصدر. و هو مكروه (٤) بإجماع الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى قوله و نهى رسول الله ﷺ عن النجش لفظ القدوري و فسره المصنف بقوله (و هو أن يزيد في الثمن و لا يريد الشراء ليرغب) من الترغيب (غيره) فيوقعه فيه ثم ذكر الحديث بقوله (قال عليه الصلاة و السلام) أي قال النبي ﷺ (لا تناجشوا) هذا الحديث رواه (٥) البخاري باسناده عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ

---

(١)و المكروه الخ. كذا فى العناية ص١٠٦ ج٦. و فى فتح القدير: لما كان المكروه دون الفاسد أخره عنه و ليس المراد بكونه دونه فى حكم المنعي الشرعي بل فى عدم فساد العقد و إلا فهذه الكراهات كلها تحريمية لا نعلم خلافا فى الاثم. (٢)و قد علم الخ. نحوه فى العناية. و فى البحر ص١٦٣ ج٦. و قد تقرر فى الأصول أن كل منهى عنه قبيح فان كان لعينه أفاد بطلانه و ان كان لغيره فان كان لوصف كبيع الربا و البيع بشرط مفسد أفاد فساده و ان كان لمجاور كهذه البيوع المكروهة أفاد كراهة التحريم مع الصحة. (٣)النجش الخ. و فى عمدة القارى ص٢٥٨ ج١١. النجش بفتح النون و الجيم و فى آخره شين معجمة و فى المغرب النجش بفتحتين و يروى بسكون الجيم و يقال نجش ينجش نجشا من باب نصر ينصر و فى الزاهر أصل النجش مدح الشيء و اطراؤه و فى الغريبين النجش تنفير الناس من الشيء الى غيره و فى الجامع أصله من الختل يقال نجش الرجل اذا ختل و يقال أصل النجش الاثارة و سمى الناجش ناجشا لأنه يثير الرغبة فى السلعة و يرفع ثمنها. (٤)و هو مكروه باجماع الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى. قال العلامة النووىّ فى شرح الصحيح لمسلمٍ ص٣ ج٢. النجش حرام بالاجماع و البيع صحيح و الاثم مختص بالناجش ان لم يعلم به البائع فان واطاه على ذلك اثما جميعا و لا خيار للمشترى ان لم يكن من البائع مواطاة و كذا ان كانت فى الأصح لأنه قصر في الاغترار و عن مالك رحمه الله تعالى رواية أن البيع باطل. و فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص٢٧٨ ج٤. النجش حرام و خداع فان اشترى مع النجش فالشراء صحيح فى قول اكثر أهل العلم منهم الشافعي و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و عن احمد رحمه الله تعالى أن البيع باطل اختاره أبوبكرٌ و هو قول مالك رحمه الله تعالى اه ملخصا. (٥)رواه البخارىّ فى البيوع باب لا يبيع على بيع أخيه الخ ص٢٨٧ ج١ و مسلمٌ فى النكاح باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه الخ ص٤٥٤ ج١ و أبوداودٌ فى البيوع باب فى النهى عن النجش ص١٣١ ج٢ و الترمذىّ فيه باب ما جآء فى كراهية النجش ص١٥٦ ج١ =>

قال و عن السوم على سوم غيره قال ﷺ لا يستام الرجل على سوم أخيه و لا يخطب على خطبة أخيه

أن يبيع حاضر لباد و لا تناجشوا الحديث و روى (١) البخاريّ أيضا حدثنا عبد الله بن مسلمة قال حدثنا مالك عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال نهى النبى ﷺ عن النجش. (قال) أي القدوريّ (و عن السوم على سوم غيره) و قال المصنفّ (قال عليه الصلاة و السلام) أي قال النبى ﷺ (لا يستام الرجل على سوم أخيه و لا يخطب على خطبة أخيه) هذا الحديث رواه البخارى (٢) و مسلم رحمهما الله تعالى من حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن تلقي الركبان و أن يبيع حاضر لباد الحديث و في آخره أن يستام الرجل على سوم أخيه و رواه محمد رحمه الله تعالى (٣) في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن حماد عن براهيم عن أبي سعيد الخدرى و أبى هريرة رضى الله تعالى عنهما عن النبى ﷺ قال لا يستام (٤) الرجل على سوم أخيه و لا يخطب على خطبته الحديث و في شرح الطحاويّ و صورته أن يتراوض الرجلان على السلعة و يتساومان عليها و يرضى البائع و المشترى بذلك و لم يعقد عقد المبيع

=> و النسائيّ في النكاح النهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ص٧٢ ج٢ و ابن ماجة فى التجارات باب ما جآء فى النهى عن النجش ص١٥٨. (١)روى البخاريّ فى البيوع باب النجش ص٢٨٧ ج١ و مسلمّ فيه باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه الخ ص٣ ج٢ و النسائيّ فيه النجش ص٢١٥ ج٢ و ابن ماجةّ فى التجارات باب ما جاء فى النهى عن النجش ص١٥٨. (تنبيه) و فى اعلاء السنن باب فى تحريم النجش ص١٨٥ ج١٤. و النهى (عن النجش) محمول على ما اذا كانت السلعة بلغت قيمتها أما اذا لم تبلغ لا يكره لانتفاء الخداع و ذكر القهستاني و ابن الكمال رحمهما الله تعالى عن شرح الطحاويّ: أنه فى هذه الصورة محمود كذا فى "الدر المختار" و "رد المحتار". و قال ابن الهمامّ فى الفتح (ص١٠٦ ج٦): إن الزيادة جائزة لما فيه نفع المسلم من غير اضرار بغيره إذ كان شراء الغير بالقيمة. انتهى بمعناه. أقول: القيد ليس بمنقول عن الأئمة أصحاب المذهب رحمهم الله تعالى و انما هو عمن بعدهم و الظاهر الاطلاق لأن بعد بلوغ الثمن قيمتها فلا كلام فى كون الزيادة ههنا غبنا و أما قبله فلأن فيه خداعا و إضرارا. أما الخداع فلأنه أظهر الشراء و هو لا يريده و لا خفاء فى كونه خداعا و أما الاضرار فلأن السلعة لما كانت محتملة الحصول للمشترى بأقل من القيمة على الوجه المشروع ثم اشتراها بالقيمة بسبب نجشه فكان الناجش أخذ الزائد من المشترى و أعطاه البائع من غير رضاه فيكون هذا إضرارا بالمشترى لا محالة و لا يعتبر نفع البائع لأنه لم يكن مكرها على البيع بأقل من القيمة و لا مخدوعا من المشترى بل كان مختارا فيه و راضيا بضرره باختياره فنفى الخداع و الضرر غير صحيح فى هذه الصورة فيكون منهيا عنه فالصحيح هو الاطلاق و هو ظاهر المذهب و هو الظاهر من النصوص فتدبر فيه. (٢)رواه البخاريّ فى الشروط باب الشروط فى الطلاق ص٣٧٦ ج١ و مسلمّ فى البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه و سومه على سومه الخ ص٣ ج٢ و النسائيّ فيه (باب) سوم الرجل على سوم أخيه ص٢١٥ ج٢. (٣)رواه محمد رحمه الله تعالى فى كتاب فى الآثار باب السوم على سوم أخيه ص١٧٥. (٤)لا يستام نهى بصيغة النفى و هو أبلغ كذا فى الكفاية.

و لأن في ذلك إيحاشاً و إضراراً و هذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة أما إذا لم يركن أحدهما إلى آخره فهو بيع من يزيد و لا بأس به على ما نذكره و ما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضاً قال و عن تلقي الجلب

حتى ساومه آخر على سومه و اشتراه منه فإنه يجوز في الحكم و لكنه يكره هذا إذا جنح قلب البائع إلى البيع بما طلب به الأول من الثمن و أما إذا لم يجنح قلبه ولم يرض بذلك فلا بأس للثاني أن يشتريه لأن هذا بيع من يزيد و قد روى عن رسول الله ﷺ أنه باع قدحاً و حلساً ببيع من يزيد و كذلك الرجل إذا خطب امرأة و جنح قلبها كره لغيره أن يخطبها و إن لم يجنح قلبها إلى الأول فلا بأس للثاني أن يخطبها و في الكافي السوم أن يزيد في الثمن بعد تقرير لإرادة الشراء (و لأن في ذلك) أي في السوم على سوم أخيه (إيحاشاً) أي إلقاء الوحشة في قلبه (و إضراراً) بزيادة الثمن (و هذا) (١) أي كون السوم مكروهاً (إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة أما إذا لم يركن) أي لم يجنح و لم يرض (أحدهما إلى الآخر فهو) أي السوم (بيع من يزيد و لا بأس به) حينئذ (على ما نذكره) إشارة إلى قوله و قد صح أن النبي عليه الصلاة و السلام باع قدحاً و حلساً ببيع من يزيد و سيجيء عن قريب و قد ذكرناه أيضاً (و ما ذكرناه) أراد به قوله و هذا إذا تراضى المتعاقدان (محمل النهي في النكاح أيضاً) يعني إذا ركن قلب المرأة إلى الخاطب يكره خطبة غيره فاذا لم يركن فلا يكره. (قال) أي القدوريّ (و عن تلقي الجلب) أي و نهى (٢) النبي ﷺ

---

(١)و هذا أي كون السوم مكروها الخ. و في فتح القدير ص١٠٧ ج٦. و شرطه أن يتراضيا بثمن و يقع الركونُ به فيجيء آخر فيدفع للمالك اكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته اه. و في الدر المختار ص ٣٠ ج٢. و هذا بعد الاتفاق على مبلغ الثمن أو المهر و إلا لا يكره لأنه بيع من يزيد اه. و في اعلاء السنن ص ١٩٠ ج١٤. و في هذا الاشتراط نظر لأن قبل التراضي و انقطاع الكلام الظاهر أنهما يتفقان على ثمن فالسوم في هذه الحالة هو كالسوم في حالة التراضي و ليس هو بيع من يزيد لأن فيه لا يكون المشتري معينا و ههنا معين فحصل الفرق فجعل أحدهما عين الآخر أو مثله غير صحيح فالظاهر الاطلاق و هو الظاهر من المذهب و لا يلتفت الى تقييد المتأخرين بعلة غير صحيحة فتنبه له اه. (٢)نهى النبي ﷺ الخ. روى هذا الحديث عن أبي هريرة و ابن عباس و ابن عمر و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أما حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه فقد مر تخريجه آنفا في الحاشية ص ٣٢٠ ج١٠. و أما حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه فاخرجه البخاريّ في البيوع باب هل يبيع حاضر لباد الخ ص٢٨٩ ج١ و مسلمٌ فيه باب تحريم بيع الحاضر للبادى ص٤ ج٢ و النسائيّ فيه التلقي ص٢١٥ ج٢ و أما حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه فاخرجه البخاريّ في البيوع باب النهي عن تلقي الركبان ص ٢٨٩ ج١ و مسلمٌ فيه باب تحريم تلقي الجلب ص ٤ ج٢ و ابوداودٌ فيه باب في التلقي ص ١٣١ ج٢ و النسائيّ فيه بيع الحاضر للبادى ٢١٥ ج٢ و ابن ماجة في التجارات باب النهي عن تلقي الجلب ص١٥٨ و أما حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه =>

....

....

=> فاخرجه البخاريؒ في البيوع باب النهي عن تلقي الركبان الخ ص٢٨٩ ج١ و مسلمؒ فيه باب تحريم تلقي الجلب ص٤ ج٢ و الترمذيؒ فيه باب ما جآء في كراهية تلقي البيوع ص١٤٦ ج١ و النسائيؒ فيه بيع الحاضر للبادي ص٢١٥ ج٢ و ابن ماجةؒ في التجارات باب النهي عن تلقي الجلب ص١٥٨. و قال الفقيه المحدث الناقد ظفر احمد العثمانيؒ في اعلاء السنن ص١٩٦ ج١٤.

باب تلقي الجلب و بيع الحاضر للبادي

٤٦٨٥ - عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال نهى النبي ﷺ عن التلقي و أن يبيع حاضر لباد (بخاري)

قوله: نهى النبي ﷺ الخ أقول: الخبر مشتمل على الحكمين الأول النهي عن تلقي الجلب و الثاني النهي عن بيع الحاضر للبادي. و اختلف الناس في تأويلهما أما الحكم الأول أعني النهي عن تلقي الجلب فقال فيه أبو حنيفة رحمه الله تعالى إنه ليس بمطلق بل هو مقيد بما إذا أضر بأهل البلد أو لبس السعر على الركبان و إن لم يوجد الأمران فليس بمكروه و قال آخرون بل هو منهي عنه مطلقاً و الصحيح أن هذا الحكم ليس بتعبدي بل هو معلل بعلة الإضرار فإذا اشتمل التلقي على الإضرار ينهى عنه و إلا لا و يؤيده ما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه: إنهم كانوا يشترون الطعام من الركبان على عهد رسول الله ﷺ فيبعث عليهم من يمنعهم أن يبيعوه حيث اشتراه حتى يبلغوه إلى حيث يبيعون الطعام (طحاوي ٢: ٢٠٠) و هذا يدل على إباحة التلقي و وجه الجمع بينهما ما ذكرنا و جمع بينهما البخاري بأن المباح من التلقي هو ما كان في أعلى السوق و المنهي عنه هو ما كان في غيره و قال ابن حجر: لا يخفي رجحان الجمع الذي جمع به البخاريؒ اه و يرده ما روى عن النبي ﷺ: أنه نهى أن يتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق (طحاويؒ ٢: ٢٠٠) فإنه يدل على أن التلقي في أعلى السوق أيضاً منهي عنه فالوجه ما ذكرناه من الطحاويؒ. ثم اختلفوا في أنه إن تلقى تلقيا منهيا عنه فالحكم ما ذا؟ فقال البخاريؒ: البيع مردود لأن صاحبه عاص آثم إذا كان عالما به و هو خداع في البيع و الخداع لا يجوز ورده ابن حجر و غيره بأن هذا لا تقتضي فساد البيع لأن النهي لا ترجع إلى نفس العقد و لا يخل بشيء من أركانه و بشرائطه و قال الشافعي رحمه الله تعالى البيع صحيح و لكنه يثبت الخيار لصاحبه لما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن تلقي الجلب فإن تلقاه فاشتراه فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق أخرجه أبو داود و الترمذي و صححه ابن خزيمة و أخرجه مسلم بمعناه كما في (فتح الباري ٥: ٣١٣) و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: البيع صحيح و لا خيار للبائع لأن غاية ما في الباب أن المشتري خدع البائع و هو لا يقتضي الخيار لحديث حبان بن منقذ فإنه لم يثبت الشارع له الخيار من غير شرط و القياس أيضاً بنفيه لأن البائع لم يكن مضطرا إلى الغرور لأنه كان له أن لا يعتمد على قوله فلما اعتمد على قوله كان مغترا من غفلته فلا يكون له الخيار أما ما روى أن له الخيار فمحمول على السياسة ليترك الناس التلقي هذا ما عندي و الله أعلم بالصواب. و أجاب عنه الطحاوي بأنه مخالف لما تواتر عن النبي ﷺ أن البيعين بالخيار ما لم يتفرقا لأن النبي ﷺ حد للخيار حدا و هو عدم التفرق فلا يثبت بعده ثم أورد النقض عليه بخيار الرؤية و أجاب عنه بأنه ثابت بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنه فجعلناه خارجا من قوله: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا و علمنا أنه لم يعن ذلك و ليس كذلك هذا الخيار فافترقا ثم هو معارض بما روى عن النبي ﷺ أنه قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ففي منعه ﷺ الحاضرين من ذلك إباحة الحاضرين التماس غرة البادين في البيع =>

و هذا إذا كان يضر بأهل البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور (١) و الضرر و قال و عن بيع الحاضر

عن تلقي الجلب (٢) أي المجلوب صورته أن واحداً من أهل المصر أخبر بمجيء قافلة بميرة عظيمة فيخرج و يتلقاهم و يشتري منهم ما تمارون و يدخل المصر و يبيعه على ما يريد من الثمن (و هذا) أي تلقي الجلب على ما وصفناه إنما يكره (إذا كان يضر بأهل البلد) بأن يكونوا في ضيق من جدب و قحط (فان كان لا يضر) أهل البلد ذلك (لا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين) بأن يشترى منهم بأرخص من سعر المصر و هم لا يعلمون بالسعر (فحينئذ يكره لما فيه من الغرر) في حقهم (و الضرر) لاهل المصر و كلاهما قبيح. (قال) أي القدوريّ في مختصره (و عن بيع الحاضر

=> منهم و الشراء منهم فتدبر فيه. و أما الحكم الثاني فالمفهوم من الطحاويّ أن معناه أنه نهى أن يتولى حاضر بيع مال البادي و المفهوم من الهداية أن معناه أن لا يبيع حاضر ماله من البادي إذا كان أهل الحضر محتاجين إليه الصحيح ما في الطحاويّ لقول رسول الله ﷺ: دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض و قال فيه مجاهد: إنه منسوخ و كان هذا الحكم إذا كان أهل البادية كفارا فأراد أن يصيب المسلمون غرتهم فأما اليوم فلا بأس و أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى بقول مجاهد و تمسكوا بعموم قوله الدين النصيحة، و زعموا أنه ناسخ بحديث النهي و ذهب الجمهور إلى أنه منهي عنه و خصصوا بيع الحاضر للبادي من عموم قوله: الدين النصيحة، لأنه خاص و الخاص يقضي على العام و قالوا تأويل النسخ ليس بصحيح لأن النسخ لا يثبت بالاحتمال و قال البخاريّ إن معناه أن لا يبيع له بالأجرة كالسمسار و أما من ينصحه فيعلمه بأن السعر كذا فلا يدخل في النهي اه ما في الفتح (٥: ٣١١) ملخصا.

مبحث تعارض الخبرين:

و أجاب العيني عما أورده الجمهور بأن قضاء الخاص على العام ليس مسلما عندكم أيضاً على الإطلاق لأنه يجوز أن يكون الخاص منسوخا أو يكون الخاص ظنيا و العام قطعيا و أيضاً: يحتمل أن يكون الخاص مقارنا و متأخرا أو متقدما فكيف يكون الخاص قاضيا على العام على الإطلاق؟ و أما ما قلتم: إن النسخ لا يثبت بالاحتمال فمسلم لكن لم نقل بالنسخ بالاحتمال بل الأصل عندنا أنه إذا تعارض الخبران فإن كان أحدهما مما عمل به جميع الأمة و الآخر مما عمل به البعض يترك الآخر لأن يدل على النسخ اذ لو لم يكن منسوخا لعمل به الأمة أيضاً كما عملوا بالأول و كذا إذا كان أحد الخبرين أشهر من الآخر يقدم الأشهر على غيره لأن عدم شهرته يدل على كونه منسوخا لأن مقابله عمل به جميع الأمة بخلافه و هو أشهر أيضاً اه ما في العيني بمحصله و معناه (٥: ٥٢١ – ٥٢٢). و ما قال البخاري في التطبيق غير كاف لأنه ما ذا يقول إذا كان النصيحة في التولي للبيع و لا يكون المشورة كافية؟ فإنه يلزم في هذه ترك أحد الحديثين لا محالة فلا يصح هذا الجمع فالراجح هو ما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلا إذا كان يضر بأهل البلد فلا يبيع له لأن النصيحة لأهل البلد راجحة بالنسبة إلى البادي فتدبر. ثم ذكر العثمانيّ الرد على ابن حزمٍ في ايراده على الحنفية في باب النهي عن التلقي و عن بيع الحاضر للبادي مفصلا و مبرهنا فارجع اليه ان شئت. (١)الغرور –ن– الغرر. (٢)الجلب الخ. و في المغرب ص ١٥١ ج ١. جلب الشيء: جآء به من بلد الى بلد للتجارة جلبا (بالفتح فالسكون) و الجلب (بفتحتين): المجلوب. و منه: نهى عن تلقي الجلب.

للبادي فقد قال عليه الصلاة و السلام لا يبيع الحاضر للبادي و هذا إذا كان أهل البلدة في قحط و عوز و هو

للبادى) و فسره (١) ابن عباس رضى الله تعالى عنه بقوله لا يكون له سمسارا و بينه الحلوانيّ (٢) حيث قال هو أن يمنع السمسار الحاضر القروى من البيع و يقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك منك فيتوكل له و يبيع و يغالي و لو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس. و هذا معنى قوله ﷺ لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه (٣) مسلمٌ عن جابر رضى الله تعالى عنه و روى (٤) أبوداودٌ عن انس بن مالك رضى الله تعالى قال كان يقال لا يبيع حاضر لباد و هى كلمة جامعة لا يبيع له شيئا و لا يبتاع له شيئا و قال ابن سيرينٌ لا يبيع حاضر لباد كلمة جامعة للبيع و الشراء (فقد قال عليه الصلاة و السلام) أي فقد قال النبى ﷺ (لا يبيع (٥) الحاضر للبادي) و قد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث أخرجه البخارى و مسلم من حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه و لفظ الحديث فى كتب الحديث بلفظ النكرة في الحاضر و البادى. (و هذا) أي كون بيع الحاضر للبادى مكروها (إذا كان أهل البلدة في قحط و عوز) (٦) أي ضيق (و هو) أي الحاضر

---

(١)فسره ابن عباس رضى الله تعالى عنه الخ. كما رواه البخاريّ فى البيوع باب هل يبيع حاضر لباد الخ ص٢٨٩ ج١ و مسلمٌ فيه باب تحريم بيع الحاضر للبادى ص٤ ج٢ و غيرهما. (٢)بينه الحلوانيّ الخ. كذا فى فتح القدير ص١٠٧ ج٦. و فيه أيضا و فى المجتبى هذا التفسير أصح ذكره فى زاد الفقهاء لموافقته الحديث و على هذا فتفسير ابن عباس رضى الله تعالى عنه بأن لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادى و هو صورة النهى بل تفسير لضدها و هى الجائزة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار و تعرضه فكأنه لما سئل عن لمية نهى بيع حاضر للبادى قال المقصود أن لا يكون له سمسارا فنهى عنه للسمسار. و فى عمدة القارى ص٢٨٢ ج١١. قوله سمسارا أي دلالا و السمسار فى الأصل هو القيم بالامر و الحافظ له ثم استعمل فى متولى البيع و الشراء لغيره و معناه أن يبيع له بالأجرة. (٣)رواه مسلمٌ فى البيوع باب تحريم بيع الحاضر للبادى ص٤ ج٢ و ابوداودٌ فيه باب فى النهى أن يبيع حاضر لباد ص١٣٢ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء لا يبيع حاضر لباد ص١٤٧ ج١ و ابن ماجةٌ فى التجارات باب النهى أن يبيع حاضر لباد ص١٥٨. (٤)روى أبوداودٌ فى البيوع باب فى النهى أن يبيع حاضر لباد ص١٣١ ج٢. (٥)لا يبيع الحاضر للبادى. أقول روى هذا الحديث عن أبى هريرة و ابن عباس و جابر و ابن عمر و انس و غيرهم رضى الله تعالى عنهم. أما حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه فقد مر تخريجه تحت قول صاحب الهدايةٌ لا يستام الرجل الخ و أما حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه فقد مر تخريجه تحت قول القدوريّ و عن تلقى الجلب و أما حديث جابر رضى الله تعالى عنه فقد مر تخريجه آنفا تحت قول القدوريّ و عن بيع الحاضر للبادى فتذكر و تشكر و أما حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه فاخرجه البخاريّ فى البيوع باب من كره أ يبيع حاضر لباد بأجر ص٢٨٩ ج١ و أما حديث انس رضى الله تعالى عنه فاخرجه البخاريّ فى البيوع باب لا يبيع حاضر لباد بالسمسرة ص٢٨٩ ج١ و مسلم فيه باب تحريم بيع الحاضر للبادى ص٤ ج٢ و أبوداودٌ فيه باب فى النهى أن يبيع حاضر لباد ص١٣١ ج٢ و النسائيّ فيه (باب) بيع الحاضر للبادى ص٢١٥ ج٢. (٦)عوز (بفتحتين): الضيق =>

يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر. قال و البيع عند أذان الجمعة

(يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي) و يبيعه من أهل البادية بثمن غال وأهل المصر يتضررون بذلك فلا يجوز (لما فيه من الإضرار بهم) أي بأهل البلد. (أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر) و هكذا قال في شرح الطحاوي. (قال) أي القدوري (و البيع (١) عند أذان الجمعة) أي

=> كذا في المغرب ص٨٩ ج٢. و في لسان العرب ص٣٨٥ ج٥. العوز بالفتح: العدم (بالضم فالسكون) و سوء الحال. (١)البيع عند أذان الجمعة. قال المحدث الناقد الفقيه العثماني في إعلاء السنن ص٢٠٦ ج١٤.

باب البيع عند أذان الجمعة

٤٦٨٦- حدثنا مهران عن سفيان عن إسماعيل السدى عن أبي مالك: قال: كان قوم يجلسون في بقيع الزبير فيشترون و يبيعون إذا نودى للصلاة يوم الجمعة و لا يقومون فنزلت: ﴿إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة﴾ (ابن جرير ٢٨:٦٦). ٤٦٨٧- و أخرج ابن مردويه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ "حرمت التجارة يوم الجمعة ما بين الأذان الأول إلى الإقامة أي انصراف الإمام لأن الله يقول: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلي ذكر الله و ذروا البيع﴾ (الدر المنثور ٦:٢١٩) و ذكره الحافظ مختصرا في الفتح (٣:٣٢٤) فهو حسن أو صحيح على أصله.

باب البيع عند أذان الجمعة

قوله حرمت التجارة الخ أقول قال في كنز الدقائق و غيره من متون المذهب: يجب السعى إليها و ترك البيع بالأذان الأول. و قال في العالمگيرية: قال الطحاوي يجب السعي و يكره البيع عند أذان المنبر و قال الحسن بن زياد: المعتبر هو الأذان على المنارة و الأصح أن كل أذان يكون قبل الزوال فهو غير معتبر والمعتبر أول الأذان بعد الزوال سواء كان على المنبر أو على الزوراء كذا في الكافي (١:٩٥) و قال في شرح المنية: اختلفوا في المراد بالأذان الأول فقيل: الأول باعتبار المشروعية و هو الذى بين يدى المنبر و الأصح أنه الأول باعتبار الوقت و هو الذى يكون على المنارة بعد الزوال اه ملخصا. و قال في البحر الرائق هذا القول هو الصحيح في المذهب و قيل العبرة للأذان الثاني الذى يكون بين يدى المنبر لأنه لم يكن في زمنه عليه الصلاة و السلام إلا هو و هو ضعيف لأنه لو اعتبر في وجوب السعي لم يتمكن من السنة القبلية و من الاستماع بل ربما يخشى عليه فوات الجمعة اه (٢:١٥٦) فظهر منه أن المنصوص في المذهب هو الأذان الأول من غير تفصيل بكونه أذان المنبر أو المنارة و اختلفوا في تعيينه فقال الطحاوي هو أذان المنبر و قال الحسن بن زياد هو أذان المنارة و رجح الفقهاء قول الحسن بن زياد. قال العبد الضعيف و اختار صاحب البدائع قول الطحاوي كما سيأتي نظرا إلى أن الأذان عند المنبر هو الذى كان حرمة البيع منوطا به في عهد رسول الله ﷺ و رجح غيره من أصحاب المتون و الشروح قول الحسن نظرا إلى أن أذان المنارة يكون في وقت الأذان الذى كان حرمة البيع منوطا به في عهد النبي ﷺ و بيانه أن النبي ﷺ كان يبكر بالصلاة و يعجلها بعد زوال الشمس مما كما مر في الجزء الثاني من الكتاب حتى ظن أحمد بن حنبل و إسحاق بن راهويه أنه ﷺ كان يصليها قبل الزوال أحيانا و من هنا قالا بجواز الجمعة قبل الزوال و حمل الجمهور هذه الأحاديث التي احتجا بها على المبالغة في تعجيلها فروى البخاري عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه =>

....

....

=> أن رسول الله ﷺ كان يصلي بالجمعة حين تميل الشمس و مسلم عن سلمة بن الأكوع رضي الله تعالى عنه قال كنا نجمع مع رسول الله ﷺ إذا زالت الشمس و الطبراني بسند حسن عن جابر رضي الله تعالى عنه قال كان رسول الله ﷺ إذا زالت الشمس صلى الجمعة و ابن أبي شيبة بإسناد قوى عن سعيد بن غفلة: أنه صلى الجمعة مع أبي بكر و عمر رضي الله تعالى عنهما حين زالت الشمس و في رواية حميد عن أنس: كنا نبكر بالجمعة و نقيل بعدها. و روى أحمد و الدار قطني عن عبد الله بن سيدان السلمي قال: شهدت الجمعة مع أبي بكر رضي الله تعالى عنه فكانت خطبته و صلاته قبل نصف النهار ثم شهدتها مع عمر رضي الله تعالى عنه فكانت صلاته و خطبته إلى أن أقول: انتصف النهار ثم شهدتها مع عثمان رضي الله تعالى عنه فكانت صلاته و خطبته إلى أن أقول: زال النهار احتج به أحمد لمذهبه و حمله الجمهور على مبالغة الشيخين في تعجيلها حتى يظن من لا خبرة له بحقيقة الزوال أنهما صلياها قبل الزوال و لم يكن في نفس الأمر كذلك. و بالجلمة: فلا شك في أنه ﷺ و الخليفتين بعده كانوا يعجلون صلاة الجمعة في أول وقتها عند زوال الشمس فلا بد من كون الأذان بين يدى المنبر علما لدخول وقت الجمعة إذ ذاك فقوله تعالى: ﴿إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة﴾ كناية عن دخول الوقت لا عن الأذان المخصوص ألا ترى أنه لو لم يؤذن للجمعة أصلا لا على الزوراء و لا بين يدى المنبر لكان البيع و الشراء بعد الزوال منهيا عنه و لو أذن بين يدى المنبر قبل الزوال لم يحرم به البيع و غيره؟ و إذا ثبت أن الأذان بين يدى المنبر كان علما لدخول وقت الجمعة كان في حكمه الأذان الذى أحدثه عثمان رضي الله تعالى عنه على الزوراء لكونه في وقت ذلك الأذان الذى كانت حرمة البيع منوطة به في عهد النبى ﷺ بخلاف الأذان الثاني فإنه صار متأخرا عن الوقت المعهود جداً. قال الحافظ في الفتح: قوله قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه يحرم البيع حينئذ أى إذا نودى بالصلاة و هذا الأثر ذكره ابن حزم من طريق عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى بلفظ: لا يصلح البيع يوم الجمعة حين ينادى للصلاة فإذا قضيت الصلاة فاشتر و بع و رواه ابن مردويه من وجه آخر عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه مرفوعاً و إلى القول بالتحريم ذهب الجمهور و ابتداؤه عندهم من حين الأذان بين يدى الإمام لأنه الذى كان في عهد النبى ﷺ كما سيأتى قريباً. و روى عمر بن شبة في أخبار المدينة من طريق مكحول: أن النداء كان على عهد رسول الله ﷺ يؤذن يوم الجمعة مؤذن واحد حين يخرج الإمام (و يجلس على المنبر) و ذلك النداء الذى يحرم عنده البيع و هو مرسل (١) يعتضد بشواهد تأتى قريباً. قال الحافظ: و أما الأذان الذى عند الزوال فيجوز عندهم البيع فيه مع الكراهة و عن الحنفية: يكره مطلقاً و لا يحرم (قلت: بل يحرم عندهم مطلقاً فإن الكراهة تحريمية كما صرح به صاحب البحر و سيأتى) و هل يصح البيع مع القول بالتحريم؟ قولان مبنيان على أن النهى هل مقتضى الفساد مطلقاً أو لا اه (٣:٣٢٤) و في المذهب: و لا يبطل البيع لأن النهى لا يختص بالعقد فلم يمنع صحته كالصلاة في أرض مغصوبة و في شرحه للنووى: فرع في مذاهب العلماء إذا تبايعا بيعا محرما بعد النداء مذهبنا صحته و به قال أبو حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى و قال أحمد و داود رحمهما الله تعالى في رواية عنه: لا يصح (٤: ٥٠٠ - ٥٠١). =<

---

(١) أى قوله: إن النداء كان على عهد رسول الله ﷺ يؤذن يوم الجمعة مؤذن واحد حين يخرج الإمام فهذا خبر مرسل قد اعتضد بالشواهد و أما قوله: و ذلك النداء الذى يحرم عنده البيع فليس بخبر مرسل و لا له شواهد بل هو من رأى مكحول قاله تفقها و اجتهادا فافهم. ظ.

....

....

=> و في المبسوط لشمس الأئمة السرخسيّ و اختلفوا في الأذان المعتبر الذي يحرم عنده البيع و يجب السعي إلى الجمعة فكان الطحاوي يقول: هو الأذان عند المنبر بعد خروج الإمام فإنه الأصل الذي كان للجمعة على عهد رسول الله ﷺ و هكذا في عهد أبي بكر و عمر رضي الله تعالى عنه ثم أحدث الناس الأذان على الزوراء في عهد عثمان رضي الله تعالى عنه و كان الحسن بن زياد يقول: المعتبر هو الأذان على المنارة و الأصح أن كل أذان يكون قبل زوال الشمس فذلك غير معتبر و المعتبر أول الأذان بعد زوال الشمس سواء كان على المنبر أو على الزوراء (١: ١٢٤). قلت: و يؤيده قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه عند ابن حزم في المحلي من طريق سليمان بن داود: نا سليمان بن معاذ نا سماك عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال لا يصلح البيع يوم الجمعة حين ينادى للصلاة فإذا قضيت الصلاة فاشتر و بع قال: و لا نعلم له مخالفا من الصحابة رضي الله تعالى عنهم (٩: ٢٧) قلت: و لا يخفى أن النداء للصلاة إنما هو الأول و أما النداء بين يدى المنبر فإنما هو للإنصات. قال المهلب: الحكمة في جعل الأذان في هذا المحل ليعرف الناس بجلوس الإمام على المنبر فينصتون له إذا خطب كذا قال. و فيه نظر فإن في سياق ابن إسحاق عند الطبراني و غيره عن الزهري في هذا الحديث أي حديث السائب بن زيد: أن بلالا كان يؤذن على باب المسجد فالظاهر أنه كان لمطلق الإعلام لا لخصوص الإنصات نعم لما زيد الأذان الأول كان للإعلام و كان الذي بين يدى الخطيب للإنصات قاله الحافظ في الفتح (٣: ٣٢٧). و بالجملة: فالنداء للإعلام هو الأذان الأول بعد الزوال سواء كان على المنارة أو بين يدى الخطيب و هو المحرم للبيع الموجب للسعي لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنه: حين ينادى للصلاة و قوله أرجح من رأى مكحول الذي تمسك به الجمهور و قد تأيد بما ذكرنا قبل أن الأذان الذي احدثه عثمان رضي الله تعالى عنه كان في وقت الأذان الذي كان يؤذن به بين يدى الخطيب في عهد النبي ﷺ و الخليفتين رضي الله تعالى عنهما بعده فان الناس كانوا اذا ذاك يبكرون الى الجمعة، يتهيأون لها قبل الزوال فلا تزول الشمس عن شطر النهار إلا و المسجد ملآن من المصلين فلم يكن لهم حاجة إلى الإعلام بدخول الوقت إلا لقليل منهم ثم لما كثر المسلون بالمدينة و غيرها من البلاد و وقع التساهل في التبكير مست الحاجة إلى إعلامهم بدخول الوقت قبل الأذان بين يدى الخطيب فكان للنداء الأول حكم النداء الثاني الذي هو أول النداء في عهد النبي ﷺ لكونه في وقته. و بذلك اندحض ما ذكره بعض الأحباب في ترجيح قول الطحاويّ و الجمهور فإنه نظر إلى كون الحرمة منوطةً بالأذان بين يدى الخطيب في عهد النبي ﷺ و الخليفتين بعده و أن أذان المنارة لم يكن عند نزول الآية و نسى أن وقت أذان المنارة هو وقت الأذان الذي كانت الحرمة منوطة به في ذلك الوقت فافهم و لا تكن من الغافلين. ١٢ ظ. ثم اختلفوا في حكم هذا البيع فقال مالك رحمه الله تعالى هو فاسد و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى صحيح و احتج مالك رحمه الله تعالى بكونه منهيا عنه و الجواب عنه أن ليس كل نهي يوجب فساد العقد لأنه ﷺ نهى عن البيع في المسجد ثم قال: إذا رأيتم من يبيع في المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك. فأجاز رسول الله ﷺ هذا البيع مع كونه منهيا عنه بل النهي الموجب لفساده هو الذي يكون لمعنى في العقد و هذا النهي ليس كذلك لأن العقد صحيح مستجمع لشرائط الصحة و إنما ورد النهي لكونه مخلا بالسعي و هذا المعنى خارج عن العقد فلا يوجب فساد العقد بل يوجب كراهة الفعل و حرمته. ثم اختلفوا في أن الكراهة مطلقة أم مقيدة بما إذا كان مخلا بالسعي؟ فقال بعضهم بالإطلاق و جعله في النهر معولا عليه و أقره عليه الشامي و صرح صاحب السراج الوهاج بالثاني و هو الأقوى من جهة النظر إذ لو كان كذلك لامتنع كل فعل حتى الكلام في حالة السعي إذ لا فرق بينهما =>

....

....

=> و قال صاحب عمدة الرعاية: و البيع عند ذلك مكروها تحريما فإن باع ماشيا إليها في الطريق لا يكره حاشية شرح وقاية (١:١٩١) و قال في البدائع: يكره البيع و الشراء يوم الجمعة إذا صعد الإمام المنبر و أذن المؤذنون بين يديه لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله و ذروا البيع﴾ و الأمر بترك البيع يكون نهيا عن مباشرته و أدنى درجات النهي الكراهة و لو باع يجوز لأن الأمر بترك البيع ليس لعين البيع بل لترك استماع الخطبة اه (١:٢٧٠) قال العبد الضعيف: و بالجملة: فالمذهب صحة البيع وقت النداء و بعده مع الكراهة تحريما و هل يجب على المتبايعين فسخه؟ لم أره صريحاً إلا في كلام صاحب البحر حيث قال ردا على الإسبيجابي: إن كلامه يفيد أن الكراهة تنزيهية و ليس كذلك بل تحريمية اتفاقا و لهذا وجب فسخه لو وقع اه (٢:١٥٦). و لا يخفى أن صحة العقد مع الكراهة لا ينافي وجوب فسخه برضا العاقدين ألا ترى أن الصلاة تصح في وقت الكراهة و مع ذلك يجب فسخها فبطل ما أورده عليه بعض الأحباب: أنه خلاف المعلوم من المذهب أن العقد صحيح و الكراهة في الفعل و لا فسخ مع صحة العقد اه فانه ان اراد انه لا فسخ مع صحة العقد قضاء فمسلم و إن أراد نفي وجوب الفسخ ديانةً برضا المتبايعين فلا و أما إنه لا يرفع الإخلال بالسعي الذى كان موجبا للنهى فلا يفيد ففيه أن المتبايعين إذا تبايعا باللسان إيجابا و قبولا و لم يتقابضا المبيع و لا الثمن ثم تذكرا كونهما قد تبايعا بعد الأذان و تركا البيع و تفاسخا العقد فلا شك كونه إقلاعا من الذنب الذى وقعا فيه و تحرزا عن الإخلال الزائد الذى يلزم من نقد الثمن و رؤية المبيع ظهر البطن و ربما يكون مما يحتاج إلى النقل و الحفظ فيخل ذلك بالسعي أكثر مما كان قد أخل به الإيجاب و القبول هذا اذا فسخا العقد قبل الصلاة و أما إذا فسخاه بعد الصلاة ففائدته الإقلاع من الذنب و الانخلاع من العقد الذى وقعا فيه خلافا لله و رسوله و من شأن المؤمن أن ينخلع من مثل ذلك حسبما أمكن فإن ذلك من توبته كما لا يخفى و الله تعالى أعلم. و في شرح المهذب و حيث حرمنا البيع فهو في حق من جلس له في غير المسجد أما إذا سمع النداء فقام في الحال قاصد الجمعة فتبايع في طريقه و هو يمشي و لم يقف أو قعد في الجامع فباع فلا يحرم لكنه يكره صرح به المتولي و غيره و هو ظاهر لأن المقصود أن لا يتأخر عن السعي إلى الجمعة اه (٤:٥٠٠) قلت: فليحمل ما في النهر و غيره من إطلاق الكراهة على الكراهة تنزيها و ما في السراج الوهاج من جواز البيع و الشراء ماشيا في الطريق على نفي الكراهة تحريما و أما قول شارح المهذب: أو قعد في الجامع فباع فلا يحرم لا يتمشى على أصلنا لكراهة البيع في المسجد عندنا قال في البحر عن المضمرات و الذى يبيع و يشترى في المسجد أو على باب المسجد أعظم إثما و أثقل وزرا اه (٢:١٥٧) و قد أتى ابن حزم ههنا بطامة لا تطاق و لا تتحمل فقال: و أما إجازة أبي حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى البيع في الوقت المذكور فخلاف لأمر الله تعالى و لا نعلم لهم حجة أصلا أكثر من أن قالوا: إنما نهى عن التشاغل عن السعي إلى الصلاة فقط و لو أن امرء باع في الصلاة لصح البيع اه (٩:٢٧) فلا أدرى من أين عزى إليهم القول بأن امرء لو باع في الصلاة لصح البيع و بطلان الصلاة بكلام الناس الذى يتعلق بالبيع و الشراء مما لا يخفى على جاهل فضلا عن عالم بمذهب الحنفية و الشافعية فإلى الله المشتكى ثم قال بناء الفاسد على الفاسد و أما قولهم: لو باع في الصلاة لجاز البيع فتمويه بارد لأن المصلي بأول أخذه في الكلام في المساومة بطلت صلاته فصار غير مصل اه. قلنا: ليس المموه إلا أنت فإنهم لم يقولوا قط بما عزوته إليهم و إن كان قد ورد هذا اللفظ في كلام أحد منهم فإنما أراد بالصلاة المشي إليها لما ورد في الحديث: من توضأ فأحسن الوضوء ثم خرج إلى الصلاة عامدا إليها فإنه في صلاة =>

قال الله تعالى ﴿و ذروا البيع﴾

و نهى رسول الله ﷺ عن البيع عند أذان الجمعة هكذا فسره الأكمل (١) و قال الاترازي و هو بالجر معطوف على قوله عن النجش و هو أيضاً يؤدى معنى ما قاله الأكمل و لكن المصنف لم يذكر فيه النهي عن النبي ﷺ عن ذلك صريحاً و إنما قال (قال الله تعالى ﴿و ذروا (٢) البيع﴾) نعم

=> ما كان يعمد إلى صلاة، رواه ابن حبان في صحيحه كما في الترغيب (١:٥٤) و العجب ممن لا يفهم كلام مثله من العلماء أن يجترىء على استنباط الأحكام من الكتاب و السنة و يورط على جماعة الفقهاء. قال: و أما قولهم: إنما أراد الله بذلك التشاغل عن السعي فعظم من القول جدا ليت شعرى من أخبرهم بذلك و لو أن الله تعالى أراد ما قالوا لما نهانا عن البيع مطلقاً و لا عجز عن بيان مراده إلى آخر ما قال و أطال (٩:٢٧) قلت: قد بين الله مراده بأوضح بيان و لكنك لا تفقه و لا تفهم و لو ردوه إلى الرسول و إلى أولي الأمر منهم بالسعي لا يتناوله النهي و لأن الأصل في الأحكام التعليل و تحريم البيع بالنداء معلل بما يحصل به من الاشتغال عن الجمعة ألا ترى أن المسافر إن كان في غير المصر أو كان رجل مقيما بقرية لا جمعة على أهلها لم يحرم له البيع قولا واحداً؟ و أما ما رواه من طريق حماد بن زيد عن الوليد بن أبي هشام عن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد عن أبيه: أنه فسخ بيعا وقع بين النساء و عطار بعد النداء للجمعة اه (٩:٢٨). و احتج به على عموم التحريم للمخاطبين بالجمعة و غيرهم من النساء و الصبيان و المسافرين و الكفار ففيه أن أحد المتبايعين إذا كان مخاطباً و الآخر غير مخاطب حرم في حق المخاطب و كره في حق غيره و قيل: يحرم عليهما جميعاً كما في شرح المهذب (٤:٥٠٠) و المغنى (٢:١٤٦) و أثر القاسم وارد في مثل هذا فإن العطاء كان مخاطباً بالجمعة محرما عليه البيع فلا يتم به الاحتجاج و إنما كان يتم إذا كان البيع قد وقع بين النساء بعضهن و أمر بفسخه فافهم. **فائدة**: قال في شرح المهذب حيث حرمنا البيع حرمت عليه العقود و الصنائع و كل ما فيه تشاغل عن السعي إلى الجمعة و هذا متفق عليه و لا يزال التحريم حتى يفرغوا من الجمعة (٤:٥٠٠) و قال الموفق في المغني و لا يحرم غير البيع من العقود كالإجارة و الصلح و النكاح و قيل: يحرم لأنه عقد معاوضة أشبه البيع و لنا أن النهي مختص بالبيع و غيره لا يساويه في الشغل عن السعي لقلة وجوده فلا يصح قياسه على البيع (٢:١٤٦) و لا يخفى أن قلة وجوده لا يقتضى عدم مساواته البيع في الشغل إذا وجد و لما كان التحريم معللا بما يحصل به من الاشتغال عن الجمعة فحيثما وجدت العلة وجد التحريم و ليس النهي مختصا بالبيع لكون الشراء محرما أيضاً بالإجماع قال في البحر و المراد من البيع ما يشغل عن السعي إليها حتى لو اشتغل بعمل آخر سوى البيع فهو مكروه أيضاً (٢:١٥٦). و في بداية المجتهد لابن رشد: و أما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع لأن فيها المعنى الذى في البيع من الشغل به عن السعي إليها و يحتمل أن لا يلحق به لأنها تقع في هذا الوقت نادراً بخلاف البيوع (٢:١٠٢) و فيه ما فيه فتذكر.

لا ينبغي المنع عن البيع يوم الجمعة:

فائدة: قال مالك رحمه الله تعالى لا ينبغي للإمام أن يمنع أهل الأسواق من البيع يوم الجمعة قال مالك رحمه الله تعالى: و بلغني أن بعض أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يكرهون أن يترك الرجل العمل يوم الجمعة كما تركت اليهود و النصارى في السبت و الأحد (المدونة ١:١٣٦) أي بل يترك العمل بعد النداء للصلاة إلى الفراغ منها: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض و ابتغوا من فضل الله﴾ و الله تعالى أعلم. ١٢ ظ (١)فسره الأكمل في العناية ص١٠٨ ج٦. (٢)و ذروا البيع. الجمعة:٩ قال المفسر العلام الآلوسي في روح المعاني ص١٥١ ج٢٨. =>

ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه و قد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة. قال كل ذلك يكره لما ذكرنا و لا يفسد به البيع لأن الفساد فى معنى خارج زائد لا في صلب العقد و لا في شرائط الصحة. قال و لا بأس ببيع

نهي الله عز و جل عن شيء هو أيضاً نهى النبي ﷺ عن ذلك و معنى ذروا اتركوا أمر للجماعة و أقل أحوال النهي الكراهة و لأن السعي إلى الجمعة واجب بالنص. و في الاشتغال بالبيع و الشراء أو بالنوم و نحو ذلك ترك السعي الواجب و قد مر الكلام فيه مستقصى فى باب الجمعة (ثم فيه) أي في الاشتغال بالبيع (اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه) بأن عقدا و وقفا و لم يسعيا و أما إذا كانا يمشيان و يبيعان فلا بأس به ذكره أبو الليث في أصوله (و قد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة) أراد به ما ذكره في باب الجمعة و الأصح أن المعتبر هو الاول أى الاذان الاول إذا كان ذلك بعد الزوال لحصول الإعلام به. (قال) أي القدوري (و كل ذلك يكره) أي كل ما ذكرنا من أول الفصل إلى هنا مكروه و هو النجش و السوم على سوم غيره و تلقي الجلب و بيع الحاضر للبادي و البيع عند أذان الجمعة (لما ذكرنا) أي لما ذكرنا من الدلائل في كل واحد منها منفردا (و لا يفسد به البيع) أي بالنهي المذكور حتى يجب الثمن و يثبت الملك قبل القبض و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و لكنه يثبت الخيار في وجه في صورة تلقي الركبان إذ لبس السعر عليهم و قال (١) مالك رحمه الله تعالى بيع التناجش باطل و به قال أحمد رحمه الله تعالى فى رواية ضعيفة و في صورة تلقي الركبان البيع باطل عند مالك رحمه الله تعالى و كذا بيع الحاضر للبادي و به قال أحمد رحمه الله تعالى (لان الفساد فى معنى خارج زائد) أى مجاور (لا فى صلب العقد) أي لا متصل به (و لا في شرائط الصحة) من الحرية و العقل و البلوغ قال الكاكي و أراد بقوله خارج مجاورا لا مطلق الخارج بدليل قوله زائد لا في صلب العقد و لا في شرائط الصحة و إلا يشكل بالبيوع الفاسدة بالشرط فإن الفساد فيها لمعنى خارج و لهذا قال في الكافى قوله لمعنى خارج مشكل إلا أن يؤل الخارج بالمجاور. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لا بأس (٢) ببيع

=> و ذروا البيع أى و اتركوا المعاملة على أن البيع مجاز عن ذلك فيعم البيع و الشراء و الاجارة و غيرها من المعاملات أو هو دال على ما عداه بدلالة النص و لعله الأولى و الأمر للوجوب فيحرم ذلك كله و عبر بعضهم بالكراهة و حملت على كراهة التحريم. اه ملخصا. (١)قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا فى فتح القدير ص١٠٨ ج٦. و راجع المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٢٧٩ و ٢٨١ ج٤. (٢)و لا بأس الخ. قال الحافظ العيني فى عمدة القارى ص ٢٦٠ ج١١. فأما البيع و الشراء فيمن يزيد فلا بأس فيه و هو قول مالك و الشافعي و جمهور أهل العلم رحمهم الله تعالى كالخطبة على خطبة أخيه اذا رد الخاطب الأول لأنه لا فرق بين الموضعين اه ملخصا.

من يزيد و تفسيره ما ذكرنا و قد صح أن النبى ﷺ باع قدحا و حلسا ببيع من يزيد

من يزيد و تفسيره ما ذكرنا) أشار به إلى قوله فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد (و قد صح أن النبى ﷺ باع قدحا و حلسا ببيع من يزيد) هذا الحديث أخرجه (١) الاربعة رحمهم الله تعالى فأخرجه أبو داودٌ فى الزكاة و ابن ماجةٌ فى التجارات عن عيسى بن يونس عن الاخضر ابن عجلان عن أبى بكر عبدالله الحنفى عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه أن رجلاً من الانصار أتى النبى ﷺ يسأله فقال له أما فى بيتك شيء قال بلى حلس نلبس بعضه و نبسط بعضه و قعب نشرب فيه الماء قال ائتنى بهما قال فأتاه بهما فأخذهما رسول الله ﷺ بيده و قال من يشترى هذين فقال رجل أنا آخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه و أخذ الدرهمين فأعطاهما الانصارى رضى الله تعالى عنه و قال اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك و اشتر بالآخر قدوما فأتني به فأتاه به فشد فيه رسول الله ﷺ عوداً بيده

(١) أخرجه الأربعة رحمهم الله تعالى. أبو داودٌ فى الزكاة باب كم يعطى الرجل الواحد من الزكاة ص٢٣٨ ج١ و الترمذىٌ فى البيوع باب ما جاء فى بيع من يزيد ص١٤٦ ج١ و النسائىٌ فيه البيع فيمن يزيد ص٢١٦ ج٢ و ابن ماجةٌ فى التجارات باب بيع المزايدة ص١٦٠. و قال الموفقٌ فى المغنى ص٢٧٩ ج٤. و هذا أيضا إجماع المسلمين يبيعون فى أسواقهم بالمزايدة. و فى الصحيح للبخارىٌ باب بيع المزايدة ص٢٨٧ ج١: قال عطاءٌ أدركت الناس لا يرون بأسا ببيع المغانم فيمن يزيد. و قال الحافظ العسقلانىٌ فى فتح البارى ص٤٤٦ ج٤: وصله ابن ابى شيبةٌ و نحوه عن عطاء و مجاهد رحمهما الله تعالى. و روى هو و سعيد بن منصور عن ابن عيينة عن ابن نجيح عن مجاهد رحمهم الله تعالى: قال لا بأس ببيع من يزيد و كذلك كانت تباع الأخماس. و قال الترمذىٌ عقب حديث انس رضى الله تعالى عنه المذكور: و العمل على هذا عند بعض أهل العلم لم يروا بأسا ببيع من يزيد فى الغنائم و المواريث قال ابن العربىٌ: لا معنى لاختصاص الجواز بالغنيمة و الميراث فان الباب واحد و المعنى مشترك اه. و كأن الترمذىٌ يقيد بما ورد فى حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه الذى أخرجه ابن خزيمة و ابن الجارود و الدار قطنى رحمهم الله تعالى من طريق زيد بن أسلم عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه نهى رسول الله ﷺ أن يبيع أحدكم على بيع أحد حتى يذر إلا الغنائم و المواريث اه. و كأنه خرج على الغالب فيما يعتاد فيه البيع مزايدة و هى الغنائم و المواريث و يلتحق بهما غيرهما للاشتراك فى الحكم. و قد أخذ بظاهره الازواعى و اسحاق رحمهما الله تعالى فخصا الجواز ببيع المغانم و المواريث. و عن ابراهيم النخعىٌ أنه كره بيع من يزيد انتهى. أقول و كأن النخعىٌ ذهب الى ما أخرجه البزارٌ من حديث سفيان بن وهب رضى الله تعالى عنه سمعت النبى ﷺ ينهى عن بيع المزايدة. و فى اسنادة ابن لهيعة و هو ضعيف قاله الحافظٌ فى الفتح أيضا. قلت و رواه الدارقطنىٌ فى البيوع ص١١ ج٣: من رواية ابن لهيعة حدثنا عبيد الله بن أبى جعفر عن زيد بن أسلم عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع المزايدة و لا يبيع أحدكم على بيع أخيه إلا الغنائم و المواريث. وهو مفسر لما فى حديث سفيان بن وهب من الاجمال. و فى التعليق المغنى على سنن الدارقطنى: معنى قوله نهى عن بيع المزايدة أى المزايدة فى السلعة بأن يزيد لا لرغبة فى الشراء بل ليتضرر غيره.

....

ثم قال اذهب فاحتطب و بع و لا أرينك خمسة عشر يوماً فذهب الرجل يحتطب و يبيع فجاء و قد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوباً و ببعضها طعاماً فقال رسول الله ﷺ هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة إن المسألة لا تصلح إلا لثلاثة لذى فقر مدقع أو لذى غرم مفظع أو لذى دم موجع و أخرجه الترمذيّ مختصرا أن النبي ﷺ باع حلساً و قدحاً و قال من يشترى هذا الحلس و القدح فقال رجل أخذتهما بدرهم فقال النبي ﷺ من يزيد على درهم من يزيد على درهم فاعطاه رجل درهمين فباعهما منه. و كذلك أخرجه النسائيّ مختصراً أن النبي ﷺ باع حلسا و قدحا فيمن يزيد فإن قلت كيف يقول المصنفّ و قد صح و ضعفه العقيليّ في كتابه و الاخضر (١) بن عجلان ذكره الازديّ في الضعفاء قال ابن القطانّ فيه هو مجهول الحال لا أعرف أخداً نقل عدالته. قلت هذا الحديث لما رواه الترمذيّ حسنه و عند البعض الحسن من الصحيح و الاخضر بن عجلان و ثقه البخاريّ و أبوبكر الحنفيّ روى عنه جماعة و حسن الترمذيّ حديثه و لو لا أنه ثقة عنده لما حسن حديثه فإن قلت كيف باع النبي ﷺ الحلس و القدح بغير إذن صاحبهما قلت قيل يجوز للحاكم أن يبيع على المعسر فإن قيل قال الترمذيّ لم ينقل أنه كان معسراً أجيب كانت نفقة أهله واجبة عليه فهي كالدين قلت لا يحتاج إلى هذه التكلفات و النبي ﷺ كان يجوز له التصرف في أموال أمته بما شاء فيتصرف على وجه المصلحة. فان قلت قال الترمذيّ و العمل على هذا عند بعض أهل العلم لم يروا بأسا ببيع من يزيد في الغنائم و المواريث قلت قال ابن العربيّ و الباب واحد و المعنى مشترك لا تختص به غنيمة و لا ميراث و الحلس (٢) بكسر الحاء المهملة كساء تطرح على ظهر البعير أو الحمار و الجمع احلاس و حلوس كذا في الجمهرة و يقال فلان

---

(١) الأخضر الخ. و في تهذيب التهذيب ص١٩٣ ج١. الأخضر بن عجلان الشيباني البصري. روى عن أبي بكر الحنفي التابعي و ابن جريج و غيرهما رحمهم الله تعالى. و عنه عيسى بن يونس و ابن أخيه عبيدالله بن سميط بن عجلان و أبو عاصم و القطان رحمهم الله تعالى. قال ابن معينّ صالح و قال مرة ليس به بأس و قال ابو حاتمّ يكتب حديثه و قال النسائيّ ثقة. قلت قال الازديّ ضعيف لا يصح يعني حديثه و في العلل الكبير للترمذيّ ان البخاريّ قال أخضرّ ثقة و ذكره ابن حبان و ابن شاهين رحمهما الله تعالى في الثقات. (٢) الحلس الخ. و في لسان العرب ص٥٤ ج٦. الحلس (بالكسر فالسكون) و الحلس (بفتحتين) مثل شبه و شبه و مثل و مثل: كل شيء ولي ظهر البعير و الدابة تحت الرحل و القتب و السرج و هي بمنزلة المرشحة تكون تحت اللبد و قيل: هو كساء رقيق يكون تحت البرذعة و الجمع أحلاس و حلوس (بالضم). و حلس البيت: ما يبسط تحت حرّ المتاع من مسح و نحوه و الجمع أحلاس. (قال) ابن الاعرابي: يقال لبساط البيت الحلس (بالكسر) و لحصره الفحول. و فلان حلس بيته إذا لم يبرحه. اه ملخصا.

و لأنه بيع الفقراء و الحاجة ماسة إليه نوع منه. قال و من ملك مملوكين

حلس بيته إذا لم يبرحه قوله مدقع من الدقعاء و هو التراب و معنى فقر مدقع (١) أى شديد يفضى بصاحبه إلى التراب و قيل هو سوء احتمال الفقر قوله أو لذى غرم مفظع قال (٢) ابن الاثير المفظع: الشديد الشنيع و قد أفظع يفظع فهو مفظع و فظع الامر فهو فظيع. قوله لذى دم موجع (٣) هو أن يتحمل دية فيسعى فيها حتى يؤديها إلى أولياء المقتول فان لم يؤدها قتل المتحمل عنه فيوجعه قتله.
(و لأنه) أي و لان بيع من يزيد (بيع الفقراء و الحاجة ماسة إليه) أى الحاجة داعية إلى ذلك و توارثها الناس في الاسواق (نوع منه) أى من البيع المكروه و إنما (٤) فصل هذا لما أن الكراهة فى الذى يذكر بعد لمعنى راجع إلى غير المعقود عليه و الكراهة فيما ذكر قبل لمعنى يرجع إلى المعقود عليه أو لان الذى يذكر بعد مسائل مختلفة يجمعها معنى واحد و هو التفريق بخلاف الاول لان فيها مسائل شتى و لها أصول مختلفة و قال الاترازى رحمه الله تعالى و المصنف فصل هذا عما تقدم لان هذا النوع له باب على حدة فى الاصل و الزيادات و لهذا ذكر الكرخى فى مختصره فى باب على حدة قلت على ما ذكره كان ينبغي أن يذكر له بابا على حدة. (و من ملك (٥) مملوكين) إنما قال

(١)مدقع الخ. كذا في النهاية لابن الاثير ص١٢٧ ج٢. و فى لسان لعرب ص٨٩ ج٨. الدقعاء: عامة التراب و قيل: التراب الدقيق على وجه الأرض و الدقعم بالكسر: الدقعاء الميم زائدة. قال (اللحيانى): الدقاع (بالكسر) و الدقاع (بالضم) التراب. و المدقع (اسم مفعول): الفقير الذى قد لصق بالتراب من الفقر. و فقر مدقع (اسم فاعل) أى شديد ملصق بالدقعاء يفضى بصاحبه الى الدقعاء. اه ملخصا. (٢)قال ابن الأثير فى النهاية ص٤٥٩ ج٣. (٣)دم موجع الخ. كذا فى النهاية لابن الأثير ص١٥٧ ج٥. (٤)و انما فصل الخ. كذا فى فتح القدير ص١٠٨ ج٦. (٥)و من ملك الخ. و فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ص٣٠٧ ج٤. (فصل) و لا يجوز أن يفرق فى البيع بين كل ذى رحم محرم و به قال أبوحنيفة رحمه الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى لا يحرم التفريق الا بين الأم و ولدها و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحرم بين الوالدين و المولودين و ان سفلوا و لا يحرم بين من عداهم اه ملخصا. و فى شرح المهذب للنووى ص ٣٦٠ ح٩. قال الشافعي و الأصحاب رحمهم الله تعالى يحرم التفريق بين الجارية و ولدها الصغير بالبيع و القسمة و الهبة و نحوها بلا خلاف و لا يحرم التفريق بينهما فى العتق بلا خلاف و تجوز الوصية على المذهب. هذا حكم التفريق في الصغر و هو ما قبل سن التمييز و هو نحو سبع سنين أو ثمان تقريبا. و فيما بعد التمييز الى البلوغ قولان أصحهما يكره و لا يحرم و هو الذى نص عليه فى رواية المزنى و فى سير الواقدى و الثانى يحرم حتى يبلغ و أما التفريق بعد البلوغ فلا يحرم بلا خلاف و لكن يكره باتفاق الأصحاب (فرع) اتفق أصحابنا رحمهم الله تعالى على أن أم الأم عند عدم الأم كالأم في التفريق بينها و بين ولد بنتها فلو كان أم وجدة فان بيع مع الأم فلا يحرم و ان بيع مع الجدة و قطع عن الأم ففى تحريمه قولان الصحيح المشهور تحريمه. و لو كان له أب و أم حرم التفريق بينه و بين الأم و لا يحرم بينه و بين الأب. و لو كان له أب و لا أم له حرم التفريق بينه و بين الأب على الصحيح من القولين و قيل من الوجهين و الثانى لا يحرم. و فى التفريق بينه و بين الأجداد و الجدات =>

صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما و كذلك إن كان أحدهما كبيراً و الأصل فيه قوله عليه الصلاة و السلام من فرق بين والدة و ولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة

ملك و لم يقل اشترى لتناول وجوه سبب الملك من قبول الهبة و الوصية و الإرث و الشراء (صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر) و قيد بالصغيرين لانه لا يكره فى الكبيرين (لم يفرق بينهما) و مراده بالتفريق أن يكون ذلك فى ملك واحد لانه إذا كان أحدهما فى ملك رجل و الآخر في ملك الآخر لم يكره التفريق ألا ترى إلى ما قال فى الشامل و لو كان أحدهما مملوكاً له و الآخر لولده الصغير أو مكاتبه أو مضاربه جاز التفريق. و قال فى شرح الطحاوىؒ اذا كان له ولدان صغيران فدخل أحدهما فى ملك أحدهما الآخر فلا بأس ببيع احدهما و ان كان يملك بيعهما جميعا و قال فيه أيضا و كما يكره التفريق فى البيع فكذلك يكره التفريق فى القسمة في الميراث و الغنائم. (و كذلك) اى لم يفرق (إن كان أحدهما) اى أحد المملوكين (كبيراً) و الآخر صغيراً (و الاصل فيه) اى فى هذا النوع (قوله عليه الصلاة و السلام) اى قول النبى ﷺ (من فرق بين والدة و ولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة). هذا الحديث رواه (١) الترمذىؒ عن حيي بن عبدالله عن ابي عبد الرحمن الحبلي عن أبى أيوب رضي الله تعالى عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول من فرق... الخ نحوه و قال حديث حسن غريب. و قال شيخنا زين الدين رحمه الله تعالى في شرح الترمذىؒ استدل أحمد رحمه الله تعالى بعموم الحديث على أنه لا يصح التفريق بين الام و ولدها الكبير في البيع و نحوه و هو رواية ابن الحكمؒ عن مالكؒ و قال أيضا هل يخص الحكم بالوالدة او يدخل فيه الجدة و كذلك الولد الصغير مع الوالد هل يجوز التفريق بينهما بالبيع و نحوه أم لا و كذلك مع الجد للأب صرح أصحابنا بأن الجدة كالام عند عدم الام و كذلك الجد كالاب عند عدم الاب فان كان له أم و اب رقيقان حرم التفريق بينه و بين الام و جاز التفريق بينه و بين الأب و كذلك لو كان له أم و جدة لم يجز التفريق بينه و بين الأم فان بيع مع جدته دون أمه فالاصح انه حرام. و قال ايضاً فيه حجة للصحيح

=> من جهة الأب و من جهة الأم اذا لم يكن أب و لا أم ثلاثة أوجه. أحدها يحرم و الثانى يجوز و الثالث يجوز بينه و بين الأجداد دون الجدات و أما التفريق بينه و بين سائر المحارم كالأخ و العم و بينهما و الخال و غيرهم فالمذهب أنه يكره و لا يحرم و به قطع الجمهورؒ و الثانى فيهم وجهان كالأب حكاه الرافعىؒ. انتهى ملخصا.

(١) رواه الترمذىؒ فى البيوع باب ما جآء فى كراهية أن يفرق بين الأخوين أو بين الوالدة و ولدها فى البيع ص ١٥٤ ج ١ و قال هذا حديث حسن صحيح و رواه فى السير باب فى كراهية التفريق بين السبى ص ١٩٠ ج ١ و قال هذا حديث حسن غريب.

و وهب النبى ﷺ لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال عليه الصلاة و السلام أدرك أدرك و روى أردد أردد و لأن الصغير يستأنس بالصغير و بالكبير و الكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستيناس و المنع

من الوجهين عند أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى (١) أنه لا يزول تحريم التفريق بإذن الأم في أن يفرق بينها و بين ولدها و بناه بعض العلماء على أن الحق في هذا هل هو لحق الوالدة أو لحق الله تعالى فإن كان لحق الوالدة جاز التفريق بإذنها و إن كان لحق الولد أو لحق الله تعالى فلا يجوز التفريق و إن أذنت وجوز مالك رحمه الله تعالى التفريق بإذنها. (و وهب النبى ﷺ لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال عليه الصلاة و السلام أدرك أدرك و يروى أردد أردد) هذا رواه (٢) الترمذيّ و ابن ماجةّ عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن ميمون بن أبى شبيب عن علي رضي الله تعالى عنه قال وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال لى رسول الله ﷺ يا علي ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده ثم قال هذا حديث حسن غريب و قال أبوداودّ (٣) فى سننه ميمون بن أبي شبيب لم يدرك علياً رضى الله تعالى عنه قتل بالجماجم و الجماجم في سنة ثلاث و ثمانين. و أخرج (٤) الدارقطنيّ في سننه و الحاكمّ في مستدركه عن شعبة عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبى ليلي عن علي رضى الله تعالى عنه قال قدم على النبى ﷺ سبى فأمرني ببيع أخوين فبعتهما و فرقت بينهما ثم أتيت النبى ﷺ فأخبرته فقال أدركهما فارتجعهما و بعهما جميعاً و لا تفرق بينهما و قال الحاكمّ صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه. (و لأن الصغير يستأنس بالصغير و بالكبير) اى و يستأنس بالكبير أيضاً ففي التفريق زوال الأنس و زيادة الايحاش فيكره ما لم يبلغ الغلام او تحض الجارية فاذا بلغا لا يكره التفريق (و الكبير يتعاهده) اى يتعاهد الصغير أي يقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة (فكان في بيع أحدهما قطع الاستيناس و المنع

(١) عند أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى الخ. و فى شرح المهذب ص٣٦١ ج٩. (فرع) لو رضيت الأم بالتفريق لم يزل التحريم على المذهب الصحيح رعاية لحق الولد و حكى الرافعيّ وجها شاذا أنه يزول. (٢) رواه الترمذيّ فى البيوع باب ما جآء فى كراهية أن يفرق بين الأخوين الخ ص١٥٤ ج١ و ابن ماجةّ فى التجارات باب النهى عن التفريق بين السبى ص١٦٣. (٣) قال ابوداودّ فى الجهاد باب فى التفريق بين السبى ص١٢ ج٢. (٤) أخرج الدارقطنيّ فى البيوع ص٦٥ ج٣ و أحمد رحمه الله تعالى فى مسنده و قال الشوكانيّ فى نيل الأوطار ص١٨٣ ج٥. قد صححه ابن خزيمة و ابن الجارود و ابن حبان و الحاكم و الطبرانى و ابن القطان رحمهم الله تعالى و قال الحافظّ رجاله ثقات.

من التعاهد و فيه ترك الرحمة على الصغار و قد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب و لا قريب غير محرم و لا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس

من التعاهد و فيه ترك الرحمة على الصغار و قد أوعد عليه) اى على ترك المرحمة و فيه أحاديث منها ما رواه (١) ابوداودٌ من حديث عبد الله بن عمرو ابن العاص رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من لم يرجم صغيرنا و يعرف حق كبيرنا فليس منا و منها ما رواه (٢) الترمذىٌ عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ ليس منا من لم يرحم صغيرنا و يؤقر كبيرنا و يامر بالمعروف و ينه عن المنكر و منها ما أخرجه (٣) الترمذىٌ أيضاً عن زربى عن انس رضى الله تعالى عنه مرفوعاً نحوه (ثم (٤) المنع) اى المنع من التفريق (معلول بالقرابة المحرمة للنكاح) بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من آخر (حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب) كامرأة الأب و الأخت من الرضاع (و لا قريب غير محرم) أى و لا يدخل فيه قريب غير محرم كأولاد الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات (و لا يدخل فيه) أي في المنع من التفريق(الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس) فان القياس يتصرف المالك فى ملكه كيف شاء

---

(١)رواه ابوداودٌ فى الادب باب فى الرحمة ص٣٢٨ ج٢ و البخارىٌ فى الأدب المفرد باب فضل الكبير ص١٠٩ و باب رحمة الصغير ص١١٢. (٢)رواه الترمذىٌ فى البر و الصلة باب ما جآء فى رحمة الصبيان ص١٤ ج٢ و قال هذا حديث حسن غريب و في نصب الراية ص٢٧ ج٤ و رواه ابن حبانٌ فى صحيحه وضعفه ابن القطانٌ و قال: انه من رواية شريك عن ليث بن أبى سليم و كلاهما فيه مقال انتهى. (٣)أخرجه الترمذىٌ فى البر و الصلة باب ما جآء فى رحمة الصبيان ص١٤ ج٢ و قال هذا حديث غريب و قال: و زربى له مناكير عن أنس رضى الله تعالى عنه و غيره. و قال الحافظ الزيلعىٌ فى نصب الراية ص٢٧ ج٤. قلت رواه أبو يعلى الموصلىٌ فى مسنده حدثنا أبو ياسر عمار ثنا يوسف بن عطية ثنا ثابت عن انس رضى الله تعالى عنه مرفوعاً: ليس منا من لم يرحم صغيرنا و يوقر كبيرنا انتهى و رواه الحارث بن أبى أسامةٌ فى مسنده حدثنا يعلى بن عباد ثنا عبدالحكم ثنا أنس رضى الله تعالى عنه فذكره. و فى الباب احاديث أخرى منها حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه. رواه الطحاوىٌ فى المشكل و الطبرانىٌ فى معجمه و من جهة الطحاوىٌ ذكره عبد الحق فى أحكامه و سكت عنه و فى سنده مالك بن الخير الزيادى قال ابن القطانٌ فى كتابه و هو ممن لم تثبت عدالته و منها حديث أبى امامة رضى الله تعالى عنه رواه البخارىٌ فى الأدب المفرد و الطبرانىٌ فى معجمه و منها حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه رواه البخارىٌ أيضا فى الأدب المفرد و رواه الحاكمٌ فى المستدرك فى آخر البر و الصلة (ص١٧٨ ج٤) و صحح إسناده و منها حديث جابر رضى الله تعالى عنه رواه الطبرانىٌ فى معجمه الوسط و منها حديث واثلة رضى الله تعالى عنه و حديث ضميرة رضى الله تعالى عنه رواهما الطبرانىٌ أيضا فى معجمه انتهى ملخصا. (٤)ثم المنع الخ. و فى الكفاية ص١١٠ ج٦. فان قيل أليس أن الحربى اذا دخل دارنا بغلامين أخوين صغيرين بأمان فاراد أن يبيع أحدهما فلا بأس بالشراء منه و ان كان فيه تفريق. قلنا لأنه لو لم يشتر منه لعاد به إلى دار الحرب و شراؤه منه أنظر من مراعاة التفريق.

فيقتصر على مورده

(فيقتصر على مورده) اي مورد (١) النص و هو القرابة المحرمة للنكاح فان قلت كيف يكون على خلاف القياس و المعنى هو قطع الاستيناس و التعاهد بالتفريق موجود قلنا وجود المعنى لا يدل على أنه لايكون على خلاف القياس فان السلم شرع لدفع حاجة المفاليس ومع ذلك شرع على خلاف القياس كذا قيل لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة و قد جاز في مواضع مع وجودها. أحدها ما إذا كان أحد المملوكين بحال لا يمكن للمولى ان يبيعه بأن دبره و لا بأس ببيع الذي هو محل البيع هنا و إن حصل التفريق. و الثاني ما إذا جنى أحدهما فلا بأس ان يدفعه المولى إلى ولي الجناية مع ذلك له منع البيع باختيار الفداء. و الثالث ما لواستهلك مال أمان يبا ع فيه مع أن للمولى ولاية المنع بأداء قيمته. و الرابع ما لو كانا مملوكين لحربي مستأمن فانه يجوز للمسلم أن يشتري أحدهما مع ان كل موضع يكره التفريق بالبيع يكره التفريق بالشراء و ها هنا لا يكره. و الخامس أنه لو كان ثلاثة إخوة فى يد رجل واحدهم صغير فللمالك أن يبيع أحد الكبيرين استحساناً مع وجود التفريق. و السادس ما إذا اشتراهما و وجد بأحدهما عيباً فله ان يرده و يمسك الثاني في ظاهر الرواية. و السابع ما لو كاتب أحدهما أو أعتقه على مال أو غير مال فيقع التفريق باعتبار الإخراج عن الملك. و الثامن انه لو كان فى يد رجل أمة و لها ولد صغير مراهق يجوز بيعه برضاه و رضا أمه و المسائل من المبسوط و الإيضاح و شرح الطحاوى. قلنا أما الجواب عن الأول أنه إنما لم يجوز التفريق باعتبار ضرر المملوك فلو منعناه من بيع الآخر لحق الضرر للمولى و فيه تعارض الضررين فنفي الضرر عن المولى أولى لئلا يلزم الحجر عن التصرف في ملكه و كذلك الجواب في الثاني و الثالث. و عن الرابع أنه لو لم يجوز شراء المسلم منه لذهب الحربي بهما إلى دار الحرب و ضرر فساده في دار الحرب ثابت في الدنيا و الآخرة أما في الدنيا فلعرضية الاسر و القتل إذ الظاهر من حال من ينشأ في دارهم كان على دينهم و أما ضرر الآخرة فظاهر. و أما الخامس بأن المنع لحق الصغير وجه مرعي إذا كان

(١)مورد النص الخ. و فى فتح القدير ص ١٠٠ ج٦. و مورده كان فى المحرمية كما فى الوالدة و ولدها و الأخوين. فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال و ابن أخته و الخالة و بنت أختها لأن النص ما ورد إلا فى الوالدة و الأخوين. فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلاليا و هو المفهوم الموافق فى عرف الشافعية للقطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لأن الوالد أيضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جآء نص الأخوين فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة فتثبت فى الخال و الخالة بالدلالة و معلوم أن المحققين على عدم اشتراط الأولوية فى الدلالة و المفهوم.

و لا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له و الآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما و لو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية و بيعه بالدين و رده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به. قال فإن فرق كره له ذلك و جاز العقد

معه أحد الكبيرين ليستأنس به و يقوم بحوائجه مع أن فيه رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يكره أيضاً. و عن السادس بالجواب عن الثاني و عن السابع أن الكتابة و الإعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه إذ المكاتب أو المعتق صار أحق بنفسه فيدور هو حيث ما دار أخوه و يتعاهد أموره على ما أراد و عن الثامن أنه لما رضيا بالتفريق لم يبق الضرر فيجوز. (و لا بد من اجتماعهما) أي اجتماع المملوكين الصغيرين (في ملكه لما ذكرنا) أشار به إلى قوله عليه الصلاة و السلام من فرق بين والدة و ولدها الخ (حتى لو كان أحد الصغيرين له و الآخر لغيره) ذكر لفظ الغير مطلقا ليتناول كل من هو غير (١) المالك (لا بأس ببيع واحد منهما) أي من الاثنين المذكورين لأن التفريق إنما يتحقق في ملك واحد لا في ملك اثنين. (و لو كان التفريق بحق) أي بسبب حق (مستحق لا بأس به) أي بالتفريق و مثل لذلك بقوله (كدفع أحدهما بالجناية) بأن جنى أحدهما فدفعه (و بيعه بالدين) بأن كان مأذوناً و أحاط به دينه أو وجب الدين على المالك و لا مال له (ورده بالعيب) بأن اشتراهما و كان بأحدهما عيب لم يظهر عند العقد و علل بقوله (لأن المنظور إليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) أي عن غير الصغير (لا الإضرار به) أي بالصغير و حاصل الكلام أن التفريق إنما نهى عنه لدفع الضرر عن الصغير و ليس من شرط دفع الضرر عن شخص إلحاق الضرر بغيره فإذا تعلق بأحدهما حق فالمنع من إيفاء الحق اضرار بصاحب الحق و إنما حصل الإضرار بالصغير ضمناً لحق مستحق فلا يلتفت إليه لأنه كم من شيء يثبت ضمناً و لا يثبت قصداً. (قال) أي القدوري (فإن فرق كره له ذلك و جاز العقد) الكراهة بالإجماع و في الجواز خلاف فعند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى يجوز و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى في قول

---

(١)غير المالك سواء كان الغير ابنا صغيرا له أو كبيرا و هما في مؤنته أو لا و سواء كان زوجته أو مكاتبته كذا في العناية ص ١١١ ج٦. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و في شرح المهذب للنووي الشافعي ص ٣٦٠ ج٩. و اذا فرق بين الجارية و ولدها الصغير في البيع و الهبة و نحوهما ففي صحة العقد طريقان أحدهما القطع ببطلانه و بهذا الطريق قطع جماهير العراقيين و الثاني حكاه الخراسانيون فيه قولان و بعضهم يقول وجهان أصحهما و هو الجديد بطلان العقد و به قال أبويوسف رحمه الله تعالى و القديم صحته و به قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى. اه ملخصا.

و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في قرابة الولادة و يجوز في غيرها و عنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالادراك و الرد لا يكون إلا في البيع الفاسد. و لهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله و إنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام و إن كان كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص و قد صح أنه عليه الصلاة و السلام فرق بين مارية و سيرين و كانتا امتين اختين

(و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه) أي أن العقد (لا يجوز في قرابة الولادة) أي في الوالدين و المولودين و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأصح (و يجوز في غيرها) أي غير قرابة الولادة أي غير الوالدين و المولودين (و عنه) أي عن أبي وسف رحمه الله تعالى (أنه) أي أن العقد (لا يجوز في جميع ذلك) أي في قرابة الولادة و غيرها و به قال زفر و الحسن و أحمد (١) رحمهم الله تعالى (لما روينا) أشار به إلى قول علي رضي الله تعلى عنه في الحديث بعت أحدهما و قد مر (فإن الأمر بالإدراك) و هو قوله عليه الصلاة و السلام في الحديث المذكور أدرك. (و الرد) أي الأمر بالرد في قوله و يروى أردد أردد (لا يكون إلا في البيع الفاسد) و قال الطحاوىؒ و لاينبغي لأحد أن يفرق بين ذوى رحم محرم فيهما صغير فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان يكره ذلك و لا يفسخ البيع و كان أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يكرهان ذلك و يفسخان البيع و كذلك الحكم فيه حتى يبلغ الصغير غير أن محمدا رحمه الله تعالى قال في الصبي إذا كان معه أخوان أو أختان أو عمتان أو خالتان فإنه لا بأس ببيع واحد من ذلك و احتباس الصغير مع الآخر هذا لفظ الطحاويؒ و قد ذكر قول محمد رحمه الله تعالى مع أبي يوسف رحمه الله تعالى كما ترى و قد ذكر الكرخيؒ في مختصره قول محمد مع أبي حنيفة رحمهما الله تعالى كما ذكره المصنفؒ (و لهما) أي و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن ركن (٢) البيع صدر من أهله) و هو العاقل البالغ حال كونه واقعا (في محله) و هو المال (و إنما الكراهة لمعنى مجاور) و هو الوحشة الحاصلة بالتفريق (فشابه كراهة الاستيام) أي السوم على سوم أخيه فإنه مكروه لا فاسد و الحديث (٣) محمول على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع أحدهما منه. (و إن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص) لأن معنى ما ورد به النص هو أن التفريق قطع الاستيناس و ترك التعاهد و ليس هذا في الكبيرين (و قد صح أنه) أى أن النبي ﷺ (فرق بين مارية و سيرين و كانتا أمتين أختين) بيان هذا

---

(١) احمد رحمه الله تعالى كذا في المغنى لابن قدامة الحنبليؒ ص٣٠٧ ج٤. (٢) ركن البيع أي الايجاب و القبول.
(٣) و الحديث أي قوله ﷺ لعلى رضى الله تعالى عنه أدرك.

....

ما رواه (١) البزارّ في مسنده من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه رضي الله تعالى عنه قال أهدى المقوقس القبطي لرسول الله ﷺ جاريتين و بغلة كان يركبها فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم رضي الله تعالى عنه و هي مارية أم إبراهيم رضي الله تعالى عنها و أما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لحسان بن ثابت رضي الله تعالى عنه و هي أم عبدالرحمن بن حسان رضي الله تعالى عنها. و أخرجه (٢) البيهقيّ من طريق ابن إسحاق في دلائل النبوة عن الزهري عن عبدالرحمن بن عبد القادر أن رسول الله ﷺ بعث حاطب بن أبي بلتعة رضي الله تعالى عنه الى المقوقس صاحب الإسكندرية بكتاب فقبل الكتاب و أكرم حاطبا رضى الله تعالى عنه و أحسن نزله و سرحه إلى النبى ﷺ و أهدى له مع حاطب رضى الله تعالى عنه كسوة و بغلة مسروجة و جاريتين إحداهما أم إبراهيم و أما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لجهم بن قيس العبدى رضى الله تعالى عنه و هي أم زكريا بن جهم الذي كان خليفة عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه على مصر... انتهى. و هذا مرسل و مخالف لما رواه البزارّ كما تراه. و لكن يجمع بينهما بحديث آخر رواه (٣) البيهقيّ أيضا باسناده عن حاطب بن أبي بلتعة رضي الله تعالى عنه قال بعثني رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الاسكندرية فجئته بكتاب رسول الله ﷺ فأنزلني في منزله و أقمت عنده ثم بعث إليّ و قد جمع بطارقته إلى أن قال و هذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد ﷺ

(١)رواه البزارّ الخ. قال الحافظ الزيلعيّ في نصب الراية ص٢٨ ج٤. قلت: رواه البزارّ في مسنده حدثنا محمد بن زياد ثنا سفيان بن عيينة ثنا بشير بن المهاجر عن عبد الله بن بريدة عن ابيه رضى الله تعالى عنه قال أهدى المقوقس الحديث قال البزارّ: هذا حديث وهم فيه محمد بن زياد فرواه عن ابن عيينة عن بشير بن المهاجر، و ابن عيينة ليس عنده عن بشير بن المهاجر و لكن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر حاتم بن اسماعيل و دلهم بن دهثم انتهى. قلت: هكذا رواه الحارث بن أبي أسامةّ في مسنده حدثنا خلد بن خداش ثنا حاتم بن اسماعيل ثنا بشير بن المهاجر به سندا و متنا و ذكر أن هذا الحديث في صحيح ابن خزيمةّ. (٢)أخرجه البيهقيّ الخ. كذا في نصب الراية ص٢٩ ج٤. (٣)رواه البيهقيّ الخ. كذا في نصب الراية. و قال المحقق ابن الهمامّ في فتح القدير ص١١٣ ج٦. بعد ذكر هذه الرواية: فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث و طرقه و ليس في شيء منها أن الجاريتين كانتا أختين و هو موضع الاستدلال لا جرم. ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدى باسناد له أن المقوقس أرسل الى حاطب رضي الله تعالى عنه ليلة الى أن قال فارجع الى صاحبك فقد امرت له بهدايا و جاريتين أختين فارهتين و بغلة من مراكبي و ألف مثقال ذهبا و عشرين ثوبا من لين و غير ذلك و أمرت لك بمائة دينار و خمسة أثواب فارحل من عندى و لا تسمع منك القبط حرفا واحدا فهذا مع توثيق الواقدى دليل على المطلوب و قد أسلفنا توثيقه و كرر ذلك ابن عبد البرّ في الاستيعاب و نقله أحمد بن عبد الله الطبريّ عن أبي عبيدة في خاتمة مناقب أمهات المؤمنين رضي الله تعالى عنهن فالله اعلم بذلك.

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع

فأهدي إلى رسول الله ﷺ ثلاث جوار منهن أم إبراهيم بن رسول الله ﷺ و واحدة وهبها عليه الصلاة و السلام لأبى جهم بن حذيفة العدوى رضي الله تعالى عنه و واحدة وهبها لحسان بن ثابت الأنصارى رضي الله تعالى عنه... انتهى. قلت أبو جهم رضي الله تعالى عنه ذكره أبو عمرّ فى الاستعياب (١) وَ قال قيل إسمه عامر بن حذيفة و قيل عبيدالله بن حذيفة أسلم عام الفتح و صحب النبى ﷺ و توفي في آخر خلافة معاوية رضي الله تعالى عنه. و أما جهم بن قيس رضي الله تعالى عنه فذكره أيضاً في الاستيعاب (٢) و قال جهم بن قيس بن عبد شرحبيل بن هاشم بن عبدمناف بن عبدالدار و قال هاجر إلى أرض الحبشة مع إمرأته و توفيت إمرأته هناك و لم يتعرض إلى قضية هبة النبى عليه الصلاة و السلام إياه الجارية و لا في أبي جهم و أما سيرين فقد ذكرها أبوعمرّ فى الاستيعاب (٣) في باب السين المهملة و كذا ذكرها الذهبيّ في تجريد الصحابة رضي الله تعالى عنه و ذكرها الأترازيّ بثلاث نقط على السين و الظاهر أنه سهو.

(باب الاقالة)

أي هذا باب في بيان أحكام الإقالة قيل (٤) الإقالة مشتقة من القول و الهمزة للسلب كاشكي فأقال بمعنى أزال القول السابق و هذا سهو بل هى من القيل بدليل قلت البيع بكسر القاف فهذا يدل على أن عين الفعل ياء و الجوهريّ ذكرها في الصحاح (٥) في القاف مع الياء فقال و أقلته البيع إقالة و هو فسخه و ربما قالوا قلته البيع و هى لغة قليلة و ذكر فى مجموع اللغة قاله البيع قيلا و إقالة فسخه و المناسبة (٦) بين هذا الباب و بين الذي قبله هي أن الخلاص عن خبث البيع الفاسد و المكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما فذكرها عقبهما. **(الإقالة (٧) جائزة في البيع**

---

(١)الاستيعاب المطبوع على الاصابة ص٣٢ ج٤. (٢)الاستيعاب المطبوع على الاصابة ص٢٤٤ ج١. (٣)الاستيعاب المطبوع على الاصابة ص٣٢٩ ج٤. (٤)قيل الاقالة الخ. كذا فى الكفاية ص١١٣ و فتح القدير ص١١٤ ج٦. (٥)الصحاح للجوهرى مادة قيل ص١٨٠٨ ج٥. (٦)و المناسبة الخ. كذا فى العناية ص١١٤ ج٦. و فى البحر ص١٦٧ ج٦. المناسبة ظاهرة و هى شاملة لكل عقد بيع صحيحا كان أو مكروها فيفسخ إقالة بالتراضى و ان كان واجبا فى المكروه تحريما دافعا للمعصية أو فاسدا فيفسخ بدون التراضى إما من أحدهما أو من القاضي جبرا فاشترك المكروه و الفاسد فى وجوب الدفع. (٧)الاقالة جائزة. و فى البحر ص١٦٨ ج٦. و أما صفة الاقالة فهى مندوب اليها للحديث من أقال نادما الخ. و قدمنا أنها تكون واجبة اذا كان عقدا مكروها و ينبغى أن تكون واجبة اذا كان البائع غارا للمشتري و كان الغبن يسيرا و انما قيدنا باليسير لأن الغبن الفاحش يوجب الرد إن غره البائع على الصحيح.

بمثل الثمن الأول لقوله ﷺ من أقال نادماً بيعته أقال الله عثراته يوم القيامة و لأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعاً لحاجتهما فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطل و يرد مثل الثمن الأول و الأصل أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا أن لا يمكن جعله فسخاً فتبطل

بمثل الثمن الأول) لا خلاف للأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى في جواز الإقالة و لكن خلافهم أنها فسخ أو بيع على ما يأتي و الدليل على جوازها الحديث الذي يأتي و لأن الإقالة رفع العقد و العقد حق المتعاقدين و قد انعقد بتراضيهما فكان لهما رفعه دفعاً للحاجة (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي عليه الصلاة و السلام (من أقال نادما بيعته أقال الله عثراته يوم القيامة) هذا الحديث أخرجه (١) أبو داود و ابن ماجة رحمهما الله تعالى عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من أقال مسلماً أقاله الله عثرته زاد ابن ماجةؒ يوم القيامة و رواه (٢) ابن حبانؒ في صحيحه و الحاكمؒ في مستدركه و قال صحيح على شرط الشيخينؒ و لم يخرجاه و قال ابن حبانؒ فيه يوم القيامة دون الحاكمؒ و نادما عند البيهقيؒ. (و لأن العقد) أي عقد البيع (حقهما فيملكان رفعه) أي رفع العقد الذي وقع بينهما (دفعاً) أي لأجل الدفع (لحاجتهما) لأن كل من كان له حق يملك رفعه (فإن شرط أكثر منه) أي من الثمن الأول (أو أقل) أي أو شرط الأقل من الثمن الأول (فالشرط باطل) و لا يسقط رد الثمن من البائع و عند الشافعي رحمه الله تعالى الإقالة فاسدة و الثمن على حال و إذا كان الشرط المذكور باطلاً (يرد) أي البائع (مثل الثمن الأول) الذي وقع العقد عليه. (و الأصل) (٣) أي في هذا الباب (أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين) في جميع الأحوال منقولاً كان المبيع أو غير منقول مقبوضا أو غير مقبوض و لو كانت الاقالة بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بل هي (بيع جديد في حق غيرهما) و لهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا و عاد المبيع إلى ملك البائع و لو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك (إلا أن لا يمكن جعله فسخاً فتبطل) أي الإقالة كما إذا ولدت المبيعة

---

(١) أخرجه ابو داودؒ في البيوع باب في فضل الاقالة ص ١٣٤ ج ٢ و ابن ماجةؒ في التجارات باب الاقالة ص ١٦٠ و البيهقيؒ في البيوع باب من أقال المسلم اليه بعض السلم و قبض بعضا ص ٢٧ ج ٦. (٢) و رواه ابن حبانؒ الخ. كذا في نصب الراية ص ٣٠ ج ٤. (٣) و الأصل الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبليؒ ص ٢٢٥ ج ٤. اختلفت الرواية في الاقالة فعنه أنها فسخ و هو الصحيح و اختيار أبي بكرؒ و هو مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و الثانية أنها بيع و هي مذهب مالك رحمه الله تعالى وحكى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما اه ملخصا.

و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعاً فيجعل فسخاً إلا أن لا يمكن فتبطل و عند محمد رحمه الله تعالى هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخاً فيجعل بيعاً إلا أن لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله تعالى أن اللفظ للفسخ و الرفع و منه يقال أقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته و إذا تعذر يحمل على محتمله و هو البيع ألا ترى أنه بيع في حق الثالث

بعد القبض ولداً فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقاً للشرع. (و هذا) أي المذكور كله (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى هو بيع) أي الإقالة بيع و إنما ذكر الضمير باعتبار المذكور أو بالنظر إلى أن لفظ الإقالة في الأصل مصدر (إلا أن لا يمكن جعله بيعاً) كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض (فيجعل فسخاً إلا أن لا يمكن) أي جعله فسخاً (فتبطل) أي الإقالة كما إذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها أو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز و الفسخ يكون بالثمن الأول و قد سميا ثمناً آخر. (و عند محمد رحمه الله تعالى هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخاً) أي إلا إذا تعذر جعل عقد الإقالة فسخاً بأن تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة أو تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الأول (فيجعل بيعاً إلا أن لا يمكن) أي جعله بيعاً كما في صورة بيع العروض بالدراهم بعد هلاكها (فتبطل) أي الإقالة و يبقى العقد على حاله. و في الذخيرة هذا الخلاف بينهم فيما إذا حصل الفسخ بلفظ الإقالة أما إذا جعل بلفظ المفاسخة و المبادلة أو الرد فإنها لا تجعل بيعاً و إن أمكن أن تجعل بيعاً و في شرح الوجيز إذا كانت الإقالة بلفظ الإقالة فيه قولان فسخ أو بيع أما إذا قالا تفاسخنا فهو فسخ لا محالة و في شرح الأقطع و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواية أخرى أن الإقالة بيع بعد القبض و فسخ قبله و في شرح الطحاوي و روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال الإقالة بيع على كل حال حتى أنه أبطل الإقالة في المنقول قبل القبض لأنه لا يجوز بيعه (لمحمد رحمه الله تعالى أن الفظ) أي لفظ الإقالة (للفسخ و الرفع) يعني في اللغة (و منه يقال أقلني عثرتي) أي ارفعها (فيوفر عليه) أي على اللفظ (قضيته) أي ما اقتضاه من موضوعه اللغوي. (و إذا تعذر) أي الفسخ (يحمل على محتمله و هو البيع) بطريق المجاز و إنما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء و قوله (ألا ترى) توضيح لكون الإقالة بيعاً عند تعذر الفسخ بطريق المجاز و هو إحتمال اللفظ إياه (أنه) أي أن الإقالة (بيع في حق الثالث) و هو الشفيع

و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي و هذا هو حد البيع و لهذا يبطل (١) بهلاك السلعة و يرد (٢) بالعيب و تثبت به الشفعة و هذه أحكام البيع و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن اللفظ ينبئ عن الفسخ و الرفع كما قلنا و الأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية و لا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضده و اللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان و كونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع

(و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه) أي أن الإقالة (مبادلة المال بالمال بالتراضي و هذا) أي المذكور و هو مبادلة المال بالمال بالتراضي (هو حد البيع) و ان تلفظ بلفظ الإقالة لأن العبرة للمعانى لا للألفاظ و لهذا تجعل الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة و الحوالة بشرط عدم البراءة كفالة. (و لهذا) أي و لكون الاقالة مبادلة المال بالمال بالتراضي الذي هو حد البيع (تبطل) أي الاقالة (بهلاك السلعة و ترد بالعيب) كما في البيع (و تثبت به الشفعة و هذه أحكام البيع) فتكون الاقالة بيعاً إلا أن في المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسداً فحملت على الفسخ حملاً لكلامهما على الصحة. (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن اللفظ) أي لفظ الاقالة (ينبئ عن الرفع و الفسخ كما قلنا) أشار به إلى قوله إن اللفظ للفسخ و الرفع (و الأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية) فإذا تعذر صير إلى المجاز ان أمكن و إلا بطل (و لا يحتمل) (٣) أي الاقالة (ابتداء العقد ليحمل عليه) أي على العقد مجازا (عند تعذره لأنه) أي لأن العقد (ضده) أي ضد الرفع (و اللفظ لا يحتمل ضده) و استعارة (٤) أحد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فإذا كان كذلك (فتعين البطلان) أي بطلان الإقالة. (و كونه بيعاً في حق الثالث) جواب (٥) عما يقال الإقالة بيع جديد في حق الثالث و لو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك تقرير الجواب أن كون الإقالة بيعاً في حق الثالث الذي هو الشفيع (أمر ضروري) (٦) يعني ثبوته بيعاً بطريق الضرورة و الحكم لا باعتبار اللفظ و ليس بطريق المجاز إذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة و هذا ليس كذلك (لأنه يثبت به مثل حكم البيع

(١) يبطل –ن– تبطل. (٢) يرد –ن– ترد. (٣) و لا يحتمل الخ. جواب عن قول محمد رحمه الله تعالى و اذا تعذر يحمل على محتمله الخ. (٤) و استعارة الخ. و هذا طريق الفقهاء لأن الاستعمال فى الضد انما يكون لتهكم أو تمليح و ليس ذلك فى الفقه أو يكون لمشاكلته للفظ وقع فى صحبته كجزاء سيئة سيئة و ليس هنا ذلك. كذا فى فتح القدير ص١١٧ ج٦. (٥) جواب عما يقال الخ. كذا فى العناية. (٦) امر ضرورى يعني ثبوته الخ. و قيل أمر ضرورى أي لضرورة دفع الضرر عن الشفيع و هو يلحقه عند ثبوت الملك لغيره لا برضاه كذا فى الحواشي اللكنوية.

و هو الملك لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية لهما على غيرهما إذا ثبت هذا نقول إذا شرط الأكثر فالاقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط لأن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا أما لا يمكن اثباتها في الرفع و كذا إذا شرط الأقل

و هو الملك) للبائع فتبدل ظاهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد فإذا كان كذلك اعتبر الحكم في الثالث لا الصيغة يعني لا تعتبر الصيغة و هو معنى قوله (لا مقتضى الصيغة) لأن البيع وضع لإثبات الملك قصداً و زوال الملك من ضروراته و الإقالة وضعت لإزالة الملك و إبطاله و ثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لأن لهما ولاية على أنفسهما و اعتبر الحكم في حق غيرهما و لا ولاية لهما في حق غيرهما و هو معنى قوله (إذ لا ولاية لهما) أي للمتعاقدين (على غيرهما) بأن يجعلا هذا البيع فسخاً في حق غيرهما لكون الفسخ إضراراً في حق الغير و قال (١) الأكملُ و وجه آخر ان المدعي أن كون الاقالة بيعاً جديداً في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لأن كونها فسخاً بمقتضاها فلو كان كونها بيعاً كذلك لزم الجمع بين الحقيقة و المجاز (إذا ثبت هذا) أي ما ذكر من الأصل (نقول إذا شرط الأكثر فالاقالة على الثمن الأول) الذي وقع عليه العقد (لتعذر الفسخ على الزيادة) لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله و الفسخ على الزيادة ليس كذلك (إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط) لا الاقالة (لأن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع) حيث يبطل بالشروط الفاسدة (لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا) لأن في الشرط شبهة الربا لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين و هو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض (أما (٢) لا يمكن إثباتها) أي إثبات الزيادة (في الرفع) أي في رفع العقد لأن الاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لأن الزيادة فيه إثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربا. (و كذا إذا شرط الأقل) أي من الثمن الأول

---

(١)قال الأكملُ في العناية ص١١٦ ج٦. و فيه أيضا و الجواب لأبي حنيفة رحمه الله تعالى عما استدل به أبويوسف رحمه الله تعالى من ثبوت الأحكام ما قيل الشارع يبدل الأحكام فلا يغير الحقائق فانه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا و فساد الاقالة عند هلاك المبيع و ثبوت حق الشفعة من الأحكام فجاز أن يغير و يثبت في ضمن الاقالة و أما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ. (٢)أما. أقول لفظ أما هنا بمعنى لكن. و في السعدية: أقول لفظ أما هذا ليس في مقامه و الظاهر أن يقول بدله لكن.

لما بيناه إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب و عندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى جعله بيعاً ممكن فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع و كذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه هو الأصل عنده و عند محمد رحمه الله تعالى هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكت عن الكل و أقال يكون فسخاً فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد و إذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه.

(لما بيناه) اشارة الى قوله إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال و قال الأترازي إشارة إلى قوله لتعذر الفسخ الخ (إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب) و قال تاج الشريعة هذا إذا كانت حصة العيب مقدار المحطوط أو زائدا أو نقصا بقدر ما يتغابن الناس فيه (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى جعله بيعاً ممكن) يعني و إن كانت الاقالة عنده فسخاً لكنه في الزيادة غير ممكن و جعلها بيعاً ممكن (فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع) لأن في الزيادة تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صوناً لكلام العاقل عن الالغاء و لا فرق عند أبي يوسف رحمه الله تعالى في الزيادة و النقصان لأن الأصل عنده هو البيع و عند محمد رحمه الله تعالى هو الفسخ. (و كذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى) أي بيع عنده (لأنه) أي لان البيع (هو الأصل عنده و عند محمد رحمه الله تعالى هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول و لو سكت عن الكل) أي عن جميع الثمن (و أقال يكون فسخاً فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد) حيث يجعل بيعاً عند محمد رحمه الله تعالى و اعترض (١) بأن كونه فسخاً إذا سكت عن كل الثمن اما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق و الأول (٢) رد المختلف على المختلف و الثاني غير ناهض لان أبا يوسف رحمه الله تعالى إنما يجعله فسخاً لامتناع جعله بيعاً لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فإن فيها ما يصلح ثمناً. (و إذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه) من أن الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب

---

(١)و اعترض الخ. كذا في العناية ص١١٨ ج٦. (٢)و الأول الخ. أقول رد المختلف على المختلف ليس بمحذور عنده و له نظائر في هذا الكتاب مع أن المقصود من هذا الكلام إثبات أن ذلك مذهبه فليتأمل كذا في السعدية.

و لو قال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى و يجعل التسمية لغوا و عندهما بيع لما بينا و لو ولدت المبيعة ولداً ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ و عندهما يكون بيعاً و الإقالة قبل القبض في المنقول و غيره فسخ عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و كذا عند أبى يوسف رحمه الله تعالى في المنقول لتعذر البيع و في العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده. قال و هلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة و هلاك المبيع يمنع عنها لأن رفع البيع يستدعي قيامه و هو قائم بالمبيع دون الثمن

(و لو قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و يجعل التسمية لغواً و عندهما بيع لما بينا) من وجه كل واحد منهما فى فصل الزيادة (و لو ولدت المبيعة ولداً ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده) يعني عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (لان الولد مانع من الفسخ) لاجل الزيادة (و عندهما يكون بيعاً) و حاصله (١) ما ذكره في الذخيرة أن الجارية إذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن و الجمال أو منفصلة كالولد و الارش و العقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة و الزيادة بعد القبض إن كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يصححها إلا فسخا و قد تعذر حقاً للشرع و إن كانت متصلة فهي صحيحة عنده لأنها لا تمنع الفسخ عنده متى وجد الرضا ممن له الحق فى الزيادة ببطلان حقه فيها و قد وجد الرضى لما تقايلا فأمكن تصحيحها فسخاً عنده. (و الإقالة قبل القبض في المنقول و غيره فسخ عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و كذا عند أبى يوسف رحمه الله تعالى في المنقول لتعذر البيع) و ذلك أن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز بالاجماع و بيع العقار قبل القبض يجوز عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (و فى العقار يكون بيعاً عنده) أي عند أبى يوسف رحمه الله تعالى (لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده) أي عند أبى يوسف رحمه الله تعالى. (قال) أي القدوري (و هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة و هلاك المبيع يمنع عنها) أي صحة الإقالة (لان رفع البيع يستدعي قيامه) أي قيام البيع (و هو) أي قيام البيع (قائم بالمبيع دون الثمن) لان الأصل هو المبيع و لهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف و لهذا جاز العقد و إن لم يكن موجوداً

(١) و حاصله الخ. كذا فى الكفاية و العناية ص ١١٩ ج٦.

فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه و إن تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما و لا تبطل بهلاك أحدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقياً و الله أعلم بالصواب

باب المرابحة و التولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الأول مع زيادة ربح

(فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة فى الباقي لقيام البيع فيه و إن تقايضا) أي لو عقدا المقايضة و هي بيع عرض بعرض مأخوذ من قولهم هما قيضان أي مثلان (تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما) اي أحد العوضين (و لا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقياً و الله أعلم بالصواب) لأن الأصل وجود المبيع فإن ما الفرق بين التقايض و التصارف فإن هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الإقالة و في التقايض مانع مع أن في كل منهما لكل واحد من البدلين حكم المبيع إذ ليس أحدهما أولى من الأخرى في جعله مبيعاً أو ثمنا قلنا الفرق أن في التصارف لا يلزمه رد المقبوض بعد الإقالة و له الخيار إن شاء رده و إن شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعاً من صحة الإقالة و إن كان في العوضين جميعاً لأن الإقالة لا تتعلق بأعيانهما لو كانا قائمين فصار هلاكهما كقيامهما بخلاف المقايضة لأنهما متى كانا قائمين فتعلق الإقالة بأعيانهما و بهلاكهما لم يبق شيء من المعقود عليه و شرط قياسه في البيع و الإقالة كذا في المبسوط (١).

(باب المرابحة و التولية)

أي هذا باب فى بيان أحكام المرابحة و التولية و لما ذكر أنواع البيوع التي ترجع أحكامها إلى جانب المبيع شرع في بيان أنواع البيوع التي ترجع أحكامها إلى جانب الثمن من المرابحة و التولية و الربا و الصرف و البيع بالنسيئة و تقديم الأول على الثاني لأصالة المبيع دون الثمن. (قال) أي القدوري (المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح) هذا تعريف المرابحة وهو مصدر رابح من باب المفاعلة الذي يستدعي مشاركة الإثنين قوله ما ملكه و في بعض النسخ

---

(١) المبسوط للسرخسيّ ص١٦٩ ج١٢. و فى العناية و الكفاية ص ١٢٠ ج٦. اعلم أن الاقالة تصح بلفظين أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلنى فيقول الآخر أقلت عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا تصح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل أن يقول أقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع و لهما أن الاقالة لا تكون إلا بعد نظر و تأمل فلا يكون قوله أقلنى مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما فى النكاح و به فارق البيع. و فى الهندية ص١٥٧ ج٣. و اختار فى الفتاوى قول محمد رحمه الله تعالى كذا فى الوجيز للكردريّ.

و التولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح

ما تملكه من باب التفعل (و التولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) التولية مصدر ولى غيره أي جعله والياً. هذا بحسب اللغة و أما بحسب إصطلاح الشرع فهو الذي ذكره و في كل منهما اعتراض. أما تعريف (١) المرابحة فغير مطرد و لا منعكس أما الأول فلأن من اشترى دنانير بالدراهم مرابحة لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه و أما الثاني فلأن المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مرابحة و التعريف ليس بصادق عليه لأنه لا عقد فيه و لأنه مشتمل على إبهام يجب عنه خلو التعريف و ذلك (٢) لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله لا سبيل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكاً للبائع الأول فلا يكون عينه مراداً في البيع الثاني و لا إلى الثاني لأنه لا يخلوا إما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار و الأول ليس بشرط لما ذكر في الإيضاح و المحيط أنه إذا باعه مرابحة فإن كان ما إشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس (٣) رأس المال الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس إذا كان معلوماً يجوز به الشراء لأن الكل ثمن. و الثاني يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصار و الصباغ و الطراز و غيرها لأنها ليست بثمن في العقد الأول على أن الثمن ليس بشرط في المرابحة أصلاً فإنه لو ملك ثوباً بهبة أو وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز و المسألة في المبسوط قيل فعلى هذا الأولى أن يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده و الجواب (٤) عن الأول إنا لا نسلم صدق التعريف عليه

(١) أما تعريف الخ. كذا في العناية ص ١٢٢ ج٦. (٢) و ذلك لأن قوله بالثمن الأول الخ. أقول الثمن الأول غير متعين فكيف تكون عينه ملكا للبائع و يشهد عليه تعليل عدم جواز المرابحة في الصرف و الأولى أن يقول لا سبيل إلى الأول اذ لا يتصور ذلك كذا في السعدية. (٣) من جنس رأس المال الدراهم الخ. أقول قوله الدراهم بدل من رأس المال. قوله من الدراهم: أقول بيان لجنس. قوله أو من غير الدراهم: أقول عطف على من جنس. قوله من الدنانير: أقول بيان لغير. قوله أو على العكس الخ: أقول بأن يكون رأس المال دنانير و لا يخفى عليك أن ما نقله من ذينك الكتابين انما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنسا لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للأول في الجنس. كذا في الحواشي السعدية. (٤) الجواب عن الأول الخ. أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد و يصدق عليه مبادلة المال بالمال و يجوز أن يقال المعرف ههنا المرابحة الصحيحة و المراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لأن المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول و يمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الأول بأن يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذى كان الكلام الى هنا فيه أعني السلع أو المراد بالعقد الأول العقد المعهود الذى كنا نتكلم فيه و هو بيع العين بالثمن فان السلم و الصرف لم يسبق الكلام فيهما و الفرق بين الجوابين ظاهر فان الأول أشمل كذا في السعدية.

و البيعان جائزان لاستجمع شرائط الجواز و الحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع لان الغبي

فإنه إذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل و عن الثاني بان المراد بالعقد أعم من أن يكون إبتداء أو إنتهاء و إذا قضي بالقيمة عاد ذلك عقداً حتى لا يقدر المالك على رد القيمة و أخذ المغصوب و المراد بالمثل هو المثل في المقدار و العادة جرت بإلحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته إلى رأس المال فكان من جملة الثمن الأول عادة و إذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل (١) مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فيدخل فيه مسألة المبسوط. و إنما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة و أما تعريف التولية فإنه يرد عليه ما يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد و الثمن الأول و الجواب الجواب. (و البيعان) أي بيع المرابحة و بيع التولية (جائزان لاستجماع شرائط الجواز) لأن المبيع معلوم و الثمن معلوم و الناس يتعاملون بهما من غير نكير و تعامل الناس من غير نكير حجة لقوله عليه الصلاة و السلام (٢) ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (و الحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع لأن الغبي) بفتح الغين المعجمة و كسر الباء الموحدة و تشديد الياء هو الذي يخفي عليه الأمور و يقال هو قليل الفطنة و هو على

(١) يجعل مجازا الخ. أقول لا بد للمجاز من قرينة و هي غير ظاهرة هنا كذا في السعدية. (٢) لقوله عليه الصلاة و السلام الخ. قلت غريب مرفوعاً و لم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و له طرق: أحدها: رواه احمد رحمه الله تعالى في مسنده حدثنا أبوبكر بن عياش ثنا عاصم عن زر بن حبيش عن عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه قال ان الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد ﷺ فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن و ما رأوه سيئا فهو عند الله سيئ انتهى. و من طريق أحمد رحمه الله تعالى رواه الحاكم في المستدرك في فضائل الصحابة رضى الله تعالى عنهم (في فضائل أبي بكر الصديق رضى الله تعالى عنه ص٧٨ ج٣) و زاد فيه: و قد رأى الصحابة رضى الله تعالى عنهم جميعاً أن يستخلف أبوبكر رضى الله تعالى عنه انتهى و قال صحيح الاسناد و لم يخرجاه انتهى (و صححه الذهبي أيضا). و كذلك رواه البزار في مسنده و البيهقي في كتاب المدخل و قالا: لا نعلم رواه من حديث زر عن عبد الله غير أبي بكر بن عياش و غير أبي بكر يرويه عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله رضي الله تعالى عنه. زاد البيهقي و رواية ابن عياش أشبه انتهى. طريق آخر: رواه أبوداود الطيالسي في مسنده حدثنا المسعودى عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود فذكره إلا أنه قال عوض سيئ قبيح. و من طريق أبي داود رواه أبو نعيم في الحلية في ترجمة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و البيهقي في كتاب الاعتقاد و كذلك رواه الطبراني في معجمه و المسعودى ضعيف. طريق آخر رواه البيهقي أيضا في المدخل أخبرنا أبوعبدالله الحافظ ثنا أبو العباس الأصم ثنا محمد بن اسحاق الصغاني ثنا أبوالجواب ثنا عمار بن زريق عن الاعمش عن مالك بن الحارث عن عبد الرحمن بن يزيد قال قال عبدالله رضى الله تعالى عنه فذكره كذا في نصب الراية ص١٣٣ ج٤. (تنبيه) آثار الصحابة رضى الله تعالى عنهم حجة شرعا عند أهل السنة و الجماعة كما يدل عليه قوله تعالى و الذين اتبعوهم باحسان الآية و غير ذلك من نصوص القرآن و الحديث.

الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي و يطيب نفسه بمثل ما اشترى و بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما و لهذا كان مبناهما على الامانة و الاحتراز عن الخيانة و عن شبهتها و قد صح أن النبى ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبوبكر رضي الله تعالى عنه بعيرين فقال له النبى ﷺ ولّني أحدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه الصلاة و السلام أما بغير ثمن فلا

وزن فعيل من الواو و قال الجوهري (١) تقول غبيت عن الشيء و غبيته أيضا أغبى غباوة إذا لم تفطن له و غبي عليّ الشيء كذلك إذا لم تعرفه و وصف المصنفّ المعنى بقوله (الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد) على (فعل الذكي المهتدي و يطيب (٢) نفسه بمثل ما اشترى و بزيادة ربح) ثقة بأمانته و اعمتاداً على بصيرته (فوجب القول بجوازهما و لهذا) أي و لأجل ذلك (كان مبناهما) أي مبنى المرابحة و التولية (على الأمانة و الإحتراز عن الخيانة و عن شبهتها) أي و عن شبهة (٣) الخيانة حتى إذا اشترى شيئاً مؤجلاً ليس له أن يبيعه مرابحة إلا إذا بين الأجل (و قد صح أن النبى ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبوبكر رضي الله تعالى عنه بعيرين. فقال له النبى ﷺ ولّني أحدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه الصلاة و السلام أما بغير ثمن فلا) هذا غريب فلذلك قال الأكملّ (٤) و قد صحت التولية من النبى ﷺ كما ذكره فى الكتاب و لم يزد عليه شيئاً. و حديث أبى بكر رضي الله تعالى عنه فى البخارى عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها و فيه قال أبوبكر رضي الله تعالى عنه فخذ بأبي أنت يا رسول الله إحدى راحلتي هاتين قال رسول الله ﷺ بالثمن الحديث ليس فيه غير ذلك أخرجه (٥) البخاريّ فى بدء الخلق و رواه أحمد رحمه الله تعالى

---

(١)قال الجوهريّ فى الصحاح مادة غبا ص٢٤٤٣ ج٦. (٢)يطيّب من التطييب و قوله بمثل ما اشترى: هذا في التولية. و قوله و بزيادة ربح: هذا في المرابحة. (٣)عن شبهة الخيانة الخ. كذا في الكفاية. و فى العناية ص ١٢٤ ج٦. و عن هذا لم تصح المرابحة و التولية فيما اذا كان الثمن الأول من ذوات القيم لأن المعادلة و المماثلة فى ذوات القيم انما تعرف بالحرز و الظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كما لم تجز المجازفة فى الأموال الربوية لذلك. (٤)قال الأكملّ فى العناية ص ١٢٣ ج٦. (٥)أخرجه البخاريّ فى بدء الخلق. أقول لم أجده فى بدء الخلق نعم أخرجه فى المناقب باب هجرة النبى ﷺ و أصحابه إلى المدينة ٥٥١ ج١. قال الحافظ العينى فى عمدة القارى ص٤٥ ج١٧. قوله "بالثمن" أي لا آخذ إلا بالثمن و في رواية ابن اسحاقّ لا أركب بعيرا ليس هو لى قال فهو لك قال لا و لكن بالثمن الذي ابتعته به قال أخذته بكذا و كذا قال هو لك و فى رواية الطبرانيّ عن اسماء رضي الله تعالى عنها قال بثمنها يا أبابكر قال بثمنها ان شئت و عن الواقدى ان الثمن ثمانمائة و أن الراحلة التى أخذها رسول الله ﷺ من ابى بكر رضى الله تعالى عنه هى القصواء و أنها كانت من نعم بنى قشير و أنها عاشت بعد النبى ﷺ قليلا و ماتت فى خلافة أبى بكر رضي الله تعالى عنه و كانت مرسلة ترعى بالبقيع و ذكر ابن اسحاقّ أنها =>

قال و لا تصح المرابحة و التولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة و هي مجهولة

في مسنده و لفظه فأعطى أبوبكر رضي الله تعالى عنه إحدى الراحلتين فقال خذها يا رسول الله ﷺ فاركبها فقال عليه الصلاة و السلام أخذتها بالثمن الحديث و في الطبقات لإبن سعدٍ و كان أبوبكر رضي الله تعالى عنه قد اشتراهما بثمان مائة درهم من نعم بني قشير فأخذ احديهما و هي القصواء.

(قال) أي القدوري (و لا تصح المرابحة و التولية حتى يكون العوض) أي الثمن (مما له (١) مثل لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة و هي مجهولة) تعرف بالجرز و الظن فيتمكن فيه شبهة

=> الجذعاء و كانت من إبل بني الحريش و كذا في رواية أخرجها ابن حبانٌ أنها الجذعاء. انتهى. و في هامش نصب الراية ص ٣١ ج٤. قال السهيليّ في الروض الأنف: فسئل بعض أهل العلم لم لم يقبلها إلا بالثمن و قد أنفق أبوبكر رضي الله تعالى عنه عليه من ماله ما هو اكثر من هذا فقبل و قد قال عليه الصلاة و السلام ليس من أحد أمّن عليّ في أهل و مال من أبي بكر رضى الله تعالى عنه و قد دفع اليه حين بنى عائشة رضى الله تعالى عنها ثنتى عشرة أوقية و نشا فلم يأب من ذلك؟ فقال المسئول: انما ذلك لتكون هجرته إلى الله بنفسه و ماله رغبة منه عليه الصلاة و السلام في استكمال فضل الهجرة و أن تكون الهجرة و الجهاد على أتم أحوالهما و هو قول حسن اه. و في الباب دلائل أخرى التي تدل على جواز التولية و المرابحة منها ما رواه عبد الرزاقّ في مصنفه باب التولية في البيع و الاقالة ص٤٨ ج٨. عن ابن المسيبّ أن النبي ﷺ قال التولية و الاقالة و الشركة سواء لا بأس به. أقول و لا خلاف في مرسل سعيد بن المسيبّ. و منها ما رواه البيهقيّ في البيوع باب المرابحة ص ٣٢٩ ج٥. من طريق ابن عون عن محمد (هو ابن سيرين) أن عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه كان يشترى العير فيقول من يربحني عقلها من يضع في يدى دينارا. لم يعله البيهقيّ و لا ابن التركمانيّ بشيء فالحديث حسن أو صحيح و من طريق احمد بن حنبل ثنا وكيع ثنا مسعر عن ابى بحر عن شيخ لهم قال رأيت على على رضى الله تعالى عنه ازارا غليظا قال اشتريت بخمسة دراهم فمن أربحني فيه درهما بعته إياه. قال المحدث الناقد العثمانيّ في اعلاء السنن ص ٢٣٠ ج١٤. قلت و هذا سند صحيح غير أن فيه شيخا لم يسم و أبو بحر ليس هو البكراوى ضعيف بل هو ثعلبة من مالك نزيل البصرة مولى انس بن مالك رضى الله تعالى عنه و عنه القاسم بن شريح و ابن أبى ليلى و شعبة و المسعودى و غيرهم قال أبو حاتمّ: صالح الحديث و ذكره ابن حبانّ في الثقات كذا في تعجيل المنفعة (ص ٦٤). انتهى. و قال البيهقيّ في البيوع باب المرابحة ص٣٢٩ ج٥. و روينا عن شريح و سعيد بن المسيب و ابراهيم النخعى رحمهم الله تعالى أنهم كانوا يجيزون بيع ده دوازده اه. و قال العلامة الكاسانيّ في البدائع ص ٢٢٠ ج٥. و منها أي من الشروط المتعلقة بالثمن أن يكون الثمن الأول معلوما في بيع المرابحة و التولية و الاشراك و الوضيعة و الأصل في هذه العقود عمومات البيع من غير فصل بين بيع و بيع و قال الله عز شأنه: و ابتغوا من فضل الله (الجمعة: ١٠) و قال عز وجل: ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم (البقرة:١٩٨). و المرابحة ابتغاء للفضل من البيع نصا. اه.

(١)مما له مثل كالنقدين و الحنطة و الشعير و ما يكال و ما يوزن و العددى المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ و الرمان و نحوهما كذا في فتح القدير ص ١٢٤ ج٦.

و لو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل و قد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم و إن باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال و ببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال و يجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار و الطراز و الصبغ و الفتل

الخيانة فيحترز عنها كما يحترز عن حقيقة الخيانة اذ مبنى المرابحة و التولية على الأمانة و لهذا لو اشترى عبدين أو ثوبين بثمن مؤجل فباع أحدهما مرابحة بحصته من الثمن أو بغير بيان الأجل لا يجوز عندنا. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز ان يقسط الثمن على القيمة و أخبر بما يخصه (و لو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل) قوله مرابحة نصب على التمييز و قوله ممن يملك ذلك البدل خبر كان صورته رجل باع عبداً بثوب و ملك ذلك الثوب غيره من البائع بسبب من الأسباب و ذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب و بربح درهم أو قفيز حنطة جاز و هو معنى قوله (و قد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزم و إن باعه بربح ده يازده) أي بربح درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الأول عشرين درهما كان الربح درهمين و إن كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم و لفظ ده بفتح الدال و سكون الهاء و هو إسم للعشرة بالفارسية و يازده بالياء آخر الحروف و سكون الزاي و ده مثل الأول و هو إسم أحد عشر بالفارسية قال في هذه الصورة (لا يجوز لأنه باعه برأس المال و ببعض قيمته لانه ليس من ذوات الأمثال) فصار البائع بائعاً بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً و بجزء من أحد عشر جزء من الثوب و الجزء الحادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة و هي مجهولة فلا يجوز (١) (و يجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة (٢) القصار و الصبغ (٣) و الطراز) بكسر الطاء و تخفيف الراء و هو علم الثوب قاله في المغرب (٤). (و الفتل) (٥) من فتلت الحبل و غيره

---

(١) فلا يجوز. ثم الثمن الأول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه و ان كان غيره فلا يخلو إما أن يطلق الربح أو ينسب الى رأس المال فان كان الأول كما اذا قال بعتك بالعشرة و ربح درهم فالربح من نقد البلد و ان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة أو ده يازده فالربح من جنس الثمن الأول لأنه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته كذا في العناية ص ١٢٤ ج٦. (٢) أجرة القصار الخ. و في البحر ص ١٨٢ ج٦. و قيد بالأجرة لأنه لو فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه و كذا لو تطوع متطوع بهذه أو باعارة. (٣) الصبغ. أطلق الصبغ فشمل الأسود و غيره كذا في البحر. (٤) المغرب ص١٩ ج٢ و في لسان العرب ص٣٦٨ ج٥. الطراز (بالكسر): علم الثوب، فارسي معرب. (٥) و الفتل الخ. و في البحر: الفتل هو ما يصنع بأطراف الثياب بحرير أو كتان من فتلت الحبل أفتله (من باب ضرب).

و أجرة حمل الطعام لان العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال فى عادة التجار و لان كل ما يزيد فى المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الاصل و ما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ و أخواته يزيد فى العين و الحمل يزيد فى القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان و يقول قام عليّ بكذا و لا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا و سوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي و كراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين و المعنى و بخلاف أجرة التعليم

(و أجرة حمل (١) الطعام لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار و لأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا (٢) هو الأصل و ما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ و أخواته يزيد فى العين أو في قيمته و الحمل يزيد فى القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان) بحسب قرب المسافة و بعدها و في شرح الطحاويّ و بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أصل فى ذلك أصلاً فقال كل ما يؤثر في المعقود عليه فانه يلحق برأس المال وكل ما لا يؤثر فى العين فإنه لا يلحق برأس المال. إلا أن هذا الأصل لا يتمشى فى بعض المواضع فان أجرة سائق الغنم تضم و لا تؤثر في العين و في الإيضاح و المعنى الذي اعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و يقول قام علي بكذا و لا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذباً) هذا لفظ القدوريّ يعني في كل موضع يجوز له أن يضم إلى رأس المال يقول قام علي بكذا لأنه صدق و لا يقول اشتريته بكذا لأنه كذب و هو حرام و هذا بخلاف ما إذا اشترى متاعاً ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز و لا يقول قام علي بكذا و لا اشتريته بكذا لانه كذب و لكن يقول رقمته فانا أبيعه مرابحة على ذلك و قال محمد رحمه الله تعالى فى الاصل و كذلك لو كان أصله ميراثا أو هبة أو صدقة فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزاً و رقم الثوب وشاه رقماً و التاجر يرقم الثياب أى يعلمها بأن ثمنها كذا و منه لا يجوز بيع الشيء برقمه كذا فى المغرب (٣). (و سوق الغنم بمنزلة الحمل) يعني في جواز ضم ما أنفق على الغنم في سياقها كما له أن يضم أجرة الحمل (بخلاف أجرة الراعي) حيث لا يجوز ضمه (و كراء بيت الحفظ لانه) اي لان أجرة الراعي و كذا كراء بيت الحفظ (لا يزيد فى العين) و هو ظاهر (و المعنى) أي و لا يزيد في المعنى و هو القيمة و المالية (و بخلاف أجرة التعليم) و هو عطف على قوله بخلاف أجرة الراعي

(١)حمل الطعام. و فى البحر: أطلق حمل الطعام فشمل البر و البحر. (٢)هذا أى كل ما يزيد الخ هو الأصل أى قاعدة كلية. (٣)المغرب ص٣٤٣ ج١.

لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه و هو حذاقته فإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن شاء أخذه بجميع الثمن و إن شاء تركه و ان اطلع على خيانة في التولية أسقطها

(لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه) اي في المتعلم (و هو حذاقته) أي ذكاء ذهنه. و في المبسوط (١) و اذا أنفق على عبده فى تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لانه ليس فيه عرف ظاهر و كذلك الشعر و الغناء و العربية و أجر تعليم القرآن و الحساب حتي لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر في موضع بالحاقه برأس المال كان له أن يلحقه برأس المال و كذا لا يلحق أجرة الطبيب و الرائض و البيطار و الراعي و جعل الآبق و الختان و الحجام لعدم العرف و في التحفة و أما أجرة السمسار في ظاهر الرواية تلحق برأس المال و في جامع البرامكة قال لا تلحق. و قال الكرخيّ في مختصره و كذلك يضم ما أنفق على الرقيق في طعامهم و كسوتهم و ما لا بد لهم منه إذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف فإن كان أسرف لم يضم الفضل و ضم ما بقي و لا يضم ما أنفق على نفسه في سفره في كسوته و طعامه و مركبه و دهنه و غسل ثيابه و لا يضم أيضاً ما أنفق على مرض الرقيق فى أجرة طبيب أو حجام او دواء. و قيل أجرة الدلال لا تضم و كذا الباج الذي يؤخذ في الطريق إلا إذا جرت عادة التجار و كذا لا يضم كل ماجاوز القوت من الطعام و لا يزيد اجرة الكيال في ثمن الطعام و نحوه و يلحق به ثمن علف الدواب و أجرة التجصيص و التطيين و حفر البئر في الدار و القناة في الارض و نفقة الكراب و كسح الكروم و سقي الزرع و الكروم ما بقيت فإذا ذهبت لم يحسب شيء منه و تضم أجرة لقاط التمر و الجاز للثمر فان أنفق على الغنم و أصاب من أصوافها و ألبانها يضم ما فضل من قيمتها من الصوف و اللبن و كذا الدجاجة إذا باضت. و في تتمة الشافعية يدخل المكس الذى يأخذه السلطان. (فان اطلع المشتري على خيانة) و في التحفة ظهور الخيانة إما باقرار البائع أو بالبينة أو بالنكول عن اليمين و كذا في تتمة الشافعية (في المرابحة فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إن شاء أخذه بجميع الثمن و إن شاء تركه) و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى في قول (و إن اطلع على خيانة في التولية اسقطها) أي

(١) المبسوط للسرخسيّ ص٨٣ ج١٣ و راجع للفروع الآتية الفتاوى الهندية ص١٦٢ ج٣. (٢) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و فى شرح الوجيز ص٣٢٤ ج٤. اذا قال اشتريته بمائة و باعه مرابحة ثم بان أنه اشتراه بتسعين إما باقراره أو بالبينة فالبيع صحيح على المذهب و عن رواية القاضى أبي حامدٌ و غيره وجه أنه لا يصح و يحكي هذا عن مالك رحمه الله تعالى و اذا قلنا بظاهر المذهب فلا يخلو كذبه فى هذا الاخبار إما أن يكون خيانة أو غلطا أما فى الحالة الاولى فقولان منصوصان فى اختلاف العراقيين أصحهما و به قال أحمد رحمه الله تعالى =>

من الثمن و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يحط فيهما و قال محمد رحمه الله تعالى يخير فيهما لمحمد رحمه الله تعالى أن الاعتبار للتسمية لكونه (١) معلوما و التولية و المرابحة ترويج و ترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته و لابى يوسف رحمه الله تعالى أن الاصل فيه كونه تولية و مرابحة و لهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً فلا بد من البناء على الأول و ذلك بالحط غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال و في المرابحة منه

اسقط الخيانة أي قدرها (من الثمن و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يحط فيهما) أي يحط قدر الخيانة في المرابحة و التولية جميعاً و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد و الثورى و ابن ابى ليلى رحمهم الله تعالى و حكى ابو حامد المروزيّ قولا آخر عن الشافعي رحمه الله تعالى أن البيع لا يصح و قيل هو مذهب مالك رحمه الله تعالى (و قال محمد رحمه الله تعالى يخير فيهما) يعنى له الخيار إن شاء اخذه بجميع الثمن و إن شاء تركه و به قال الشافعي رحمه الله تعالى فى قول (لمحمد رحمه الله تعالى أن الاعتبار للتسمية) لتعلق العقد بالتسمية (لكونها) أي لكون التسمية (معلومة) لأنه يجب أن يكون الثمن معلوماً و العلم يحصل بالتسمية (و التولية و المرابحة ترويج و ترغيب فيكون) أي ذكر التولية و المرابحة (وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة) أي كوصف سلامة المبيع فإذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب (فيتخير بفواته) كما لو وجد المبيع معيباً (و لأبى يوسف رحمه الله تعالى أن الأصل فيه) أي في لفظ المرابحة و التولية (كونه) أي كون العقد (تولية و مرابحة) لا التسمية (و لهذا) أي و لأجل كون العقد تولية و مرابحة (ينعقد) أي العقد (بقوله وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك) أي الثمن معلوماً و اقتصر هو على التسمية صح العقد و التسمية كالتفسير (فلا بد من البناء على الأول) أي فلا بد من بناء العقد الثاني في حق الثمن على العقد الأول إذ الثاني في حكم الأول و قدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الأول فلا يمكن إثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة و هو معنى قوله (و ذلك بالحط) أي بحط شيء من الثمن و هو مجهول فبينه بقوله (غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال) و هو ظاهر (و في المرابحة منه) أي و يحط

=> إنا نحكم بانحطاط الزيادة و حصتها من الربح و الثاني و به قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إنا لا نحكم به و أما فى الحالة الثانية فالمنصوص القول الأول و الثاني مخرج من مثله فى الحالة الاولى اه ملخصا. (١) لكونه معلوما –ن– لكونها معلومة. (٢) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى المغني لابن قدامة الحنبليّ ص ٢٦٠ ج ٤.

و من الربح و لابى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط و في المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة و إن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الروية و الشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت

في المرابحة من رأس المال (و من الربح) حتى لو ابتاع ثوباً بعشرة على ربح خمسة فظهر أن الثمن كان ثمانية يحط قدر الخيانة من الأصل و هو درهمان و ما قابله من الربح و هو درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهماً لأن هذا ربح على الكل فظهرت الخيانة في الكل فيظهر الأثر في الربح أيضاً. (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لو لم يحط فى التولية لا تبقى) أي العقد (تولية لانه يزيد على الثمن الأول) لكن لا يجوز أن لا يبقى تولية (فيتغير التصرف) حينئذ فلا يجوز فإذا كان كذلك (فيتعين الحط و في المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة) كما كانت من غير تغير التصرف لكن يتفاوت الربح و هذا معنى قوله (و إن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير) لفوات الرضا (فلو هلك) أي المبيع (قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ) عند ظهور الخيانة (يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة) احترز (١) به عما روي عن محمد رحمه الله تعالى في غير رواية الاصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسألة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري و يرد القيمة و يسترد الثمن كذا ههنا. و قال الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى من قال بالحط لو هلك المبيع أو استهلكه أو انتقص فله الحط و به قال الشافعي رحمه الله تعالى قولاً واحداً و إنما القولان له فيما إذا كانت السلعة قائمة و من قال بالفسخ إذا امتنع لزمه جميع الثمن. و فى الكافي لو هلك المبيع قبل أن يرده أو حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة لزمه جميع الثمن و سقط خياره عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو المشهور من قول محمد رحمه الله تعالى (لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط و الرؤية) و قد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره (بخلاف خيار العيب) حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب (لانه) أي لان خيار العيب (مطالبة بتسليم الفائت) أي الجزء الفائت

---

(١) احترز به الخ. كذا فى فتح القدير ص١٢٧ ج٦.

فيسقط ما يقابله عند عجزه قال و من اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يبيعه مرابحة على الثمن الأخير

(فيسقط ما يقابله) أي ما يقابل العيب من الثمن (عند (١) عجزه) أي عجز المشتري عن تسليمه بهلاك المبيع أو بحدوث ما يمنع الفسخ (٢) (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى (٣) ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه مرابحة طرح) أي طرح البائع الأول و هو المشتري الثاني (عنه) أي عن ثمن ما اشترى (كل ربح كان قبل ذلك) أي قبل الربح الذي حصل في العقد الثاني (فإن كان) أي الربح (استغرق الثمن لم يبعه مرابحة و هذ (٤) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال (٥) أحمد رحمه الله تعالى (و قالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير) في

---

(١)عند عجزه أي عند عجز المشتري عن الرد بالهلاك أو بحدوث ما يمنع الفسخ أو المعنى عند عجز البائع عن تسليم الفائت كذا في الحواشي. (٢)ما يمنع الفسخ. (فائدة) و في البحر ص ١٨٤ ج٦. و ظاهر كلامهم أن خيار ظهور الخيانة لا يورث فاذا مات المشتري فاطلع الوارث على خيانة بالطريق السابق فلا خيار له. (٣)و من اشترى ثوباً الخ. قيد بالشراء لأنه لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يرابح على العشرة و ان كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال و لا تثبت هذه الوكادة إلا في عقد يجرى فيه الربا كذا في فتح القدير (ص١٢٨ ج٦). و قيد بيعه بجنس الثمن الأول لأنه لو باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لأنه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الأول و لا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة و تعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط كذا في فتح القدير (ص١٢٨ ج٦). و قيد بالربح في البيع لأنه لو آجر المبيع و أخذ أجرته من غير نقص دخل فيه فله البيع مرابحة من غير بيان لأن الأجرة ليست من نفس المبيع و لا من أجزائه فلم يكن حابسا لى منه و كذا لو وطئ الجارية الثيب كذا في السراج الوهاج. و قوله "ثوبا" مثال و لو قال "شيئا" لكان أولى لأن المثلي و القيمي سواء هنا. و قيد بالربح لأن بائعه لو حط عنه شيئا فان كان بعض الثمن طرحه كالربح و ان كان كل الثمن باعه مرابحة على ما اشترى لالتحاق حط البعض بالعقد دون حط الكل لئلا يكون بيعا بلا ثمن فصار تمليكا مبتدأ كالهبة كذا في المحيط. و في المحيط: اشترى شيئا ثم خرج عن ملكه ثم عاد إن عاد قديم ملكه كالرجوع في الهبة أو بخيار رؤية أو شرط أو عيب أو إقالة أو في البيع الفاسد يبيع مرابحة بما اشترى لأن بهذه الأسباب ينفسخ العقد من الأصل و صار كأنه لم يكن و ان عاد بسبب آخر نحو الارث و الهبة لا يبيع مرابحة لأنه عاد اليه بسبب جديد و هذا السبب لا يطلق له بيع المرابحة بخلاف ما لو رد عليه بغير قضاء فانه يعتبر بيعا جديداً في حق الثالث فكأنه اشترى ثانياً بعشرة بعد أن باعه بعشرة و هذا يطلق له المرابحة اه. هذا ملخص ما في البحر ص ١٨٥ ج٦. (٤)هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. و في المحيط: ما قاله أبوحنيفة رحمه الله تعالى أوثق و ما قالاه أرفق اه كذا في البحر ص ١٨٥ ج٦. و محل الاختلاف عند عدم البيان أما اذا بين فقال كنت بعته فربحت فيه كذا ثم اشتريته بكذا و أنا أبيعه الآن بكذا بربح كذا جاز اتفاقا كذا في فتح القدير ص١٢٧ ج٦.
(٥)و به قال احمد رحمه الله تعالى كذا في فتح القدير.

صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة و باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة و يقول قام علي بخمسة و لو اشتراه بعشرة و باعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً و عندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب

الفصلين و به قال (١) الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى (صورته) ما ذكره محمد رحمه الله تعالى من المسألة (إذا اشترى ثوباً بعشرة و باعه بخمسة عشر) توضيحه رجل اشترى ثوباً بعشرة دراهم و قبض ثم باعه من غيره بخمسة عشر و سلم المبيع و انتقد الثمن (ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة) و يحط من الثمن الثاني الربح الذي ربح و هو خمسة فيبيعه مرابحة على خمسة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و يقول قام علي بخمسة) و لا يقول اشتريته بخمسة لئلا يصير كاذباً (و لو اشتراه بعشرة و باعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يعني لا يبيعه مرابحة من غير بيان بل يبيعه مساومة لأنه إذا حط عنه الربح لا يبقى الثمن (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين) أي في الفصل الأول و الثاني (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام (٢) عن الأول) و في المبسوط (٣) إنه شراء مستقل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح أو وضيعة و كل ما هو كذلك (فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث) بأن اشترى من مشترى مشتريه توضيحه أنه باعه بعشرين ثم باعه المشترى إلى ثالث ثم اشتراه البائع الأول بعشرة تجوز المرابحة بعشرة. (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة) يعني أن الربح الذي استفاده بالعقد الأول كان على شرف السقوط بأن يرد عليه بعيب فإذا اشتراه من المشتري تأكد و هو معنى قوله (لأنه) أي لأن الربح الذي كان على شرف السقوط (يتأكد به) أي بالعقد الثاني (بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب) و للتأكيد في

---

(١)و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى كذا في فتح القدير. (٢)منقطع الأحكام عن الأول لأن الشفيع اذا سلم الشفعة في العقد الأول فله الشفعة في العقد الثاني كذا في الكفاية ص١٢٨ ج٦. (٣)و في المبسوط للسرخسيّ ص٨٢ ج١٣. و فيه أيضاً الا ترى أنه لو كان أصله هبة أو ميراثا أو وصية فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الأخير و لا يعتبر بما كان قبله و الا لم تجز المرابحة أصلا و هذا لأن بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف أسباب الملك كاختلاف العين على ما عرف انتهي بتغيرما.

و الشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً و لهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة و ثوباً بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره. قال و إذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة و عليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه

بعض المواضع حكم الإيجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بالإرتداد فإذا اعتبرنا التأكيد يصير البائع في مسألتنا مشترياً بالعقد الثاني ثوباً و خمسة دراهم بالعشرة فيكون الخمسة بإزاء الخمسة و يبقى الثوب بالخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازاً عن شبهة الخيانة فإنها كحقيقتها و هو معنى قوله (و الشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً) أي لأجل الإحتياط (و لهذا) أي و لأجل ذلك (لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح) صورة الصلح ادعى على رجل الف درهم فصالحه على ثوب أو عبد فانه لا يبيعها مرابحة على ألف لأن الصلح مبناه على التجوز و الحطيطة و لو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا (لشبهة الحطيطة) و هي ما يحط من ثمن السلعة (فيصير كأنه اشترى خمسة و ثوباً بعشرة فيطرح خمسة) يعني إذا كان شبهة حصول الربح ثابتة يصير كأنه اشترى بالعقد الثاني خمسة دراهم و ثوباً بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة و الثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة و عورض (١) بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين لأنه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً و عشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا و هو حصول الثوب بلا عوض. و أجيب بأن التأكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازاً عن الخيانة لا في حق الشرع و شرعيته جواز المرابحة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة و أما جواز البيع و عدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد الامام العلامة حميد الدين رحمه الله تعالى (بخلاف ما إذا تخلل ثالث) أي بينهما (لأن التأكد) أي تأكد الربح (حصل بغيره) و هو الثالث فلم يستفد الربح المشتري الأول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة و عليه دين يحيط برقبته) أي و الحال أنه مديون بدين يحيط برقبته و في النهاية إنما قيد (٢) به لأنه لو لم يكن على العبد دين و باع من المولى لم يصح لان هذا البيع لا يفيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة و لا ملك التصرف (فباعه من المولى بخمسة عشر فانه) أي فان المولى

---

(١) و عورض الخ. كذا في العناية ص١٢٨ ج٦ و نحوه في الفتح. (٢) انما قيد به الخ. كذا في الكفاية ص١٢٩ ج٦.

يبيعه مرابحة على عشرة و كذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد لأن في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدماً في حكم المرابحة و بقي الإعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الأول و كأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول.

(يبيعه مرابحة على عشرة و كذلك إن كان المولى اشتراه) بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرابحة على عشرة (لان في هذا العقد) أي بيع العبد من المولى و عكسه (شبهة العدم) أي شبهة عدم الجواز لا حقيقة عدم الجواز (لجوازه مع المنافي) أي لجواز العقد لقيام الدين مع وجود المنافي للجواز و هو كون العبد ملكاً للمولى فصار كأنه با ع ملك نفسه من نفسه و كذا في الشراء (فاعتبر عدماً) أي فاعتبر العقد كأن لم يكن (في حكم المرابحة) لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة. و إذا عدم البيع الثاني (و بقي الاعتبار للأول) أي العقد الاول (فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول) أي فيما إذا باعه من مولاه (و كأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني) أي فيما إذا باعه المولى من عبده (فيعتبر الثمن الاول) أي الثمن المذكور في الفصل الاول فلا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه و إنما يبيعه على الثمن المذكور في الاول. و قال الكاكيّ ذكر هذا المسألة و أخواتها في المبسوط (١) من غير ذكر دين العبد فقال: و إذا اشترى شيئاً من أبيه أو أمه أو ولده أو مكاتبه أو عبده أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه بثمن قد قام على البائع بأقل منه لم يكن له أن يبيعه مرابحة الا بالذى قام على البائع فى العبد و المكاتب بالاتفاق لأن بيع المرابحة على ما يتيقن بخروجه في ملكه بمقابلة هذا العين و هو المدفوع الى البائع الأول فاما الربح الذى حصل لعبده لم يخرج من ملكه لأن كسب العبد لمولاه و ما حصل لمكاتبه من وجه كان له أيضاً فللمولى حق الملك فى كسب المكاتب و ينقلب ذلك حقيقة الملك عند عجزه فأما في غير المماليك من الآباء و الأولاد و الأزواج و الزوجات فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به قال أحمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في وجه.

---

(١)المبسوط للسرخسيّ ص٨٨ ج١٣. و فيه أيضا: و كذا اذا كان عليه دين لا يحيط بماله لأنه لا يمنع ملك المولى بالاجماع لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لا نسد باب الانتفا ع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن و لو كان محيطا بماله دون رقبته فباع من المولى شيئا صح البيع و لكن فيه شبهة العدم أيضا فلا يبيعه المولى مرابحة بالثمن الذى اشتراه به من العبد لأنه لما لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده و عليه دين محيط برقبته مع أنه أجنبى عن كسبه فلان لا يجوز و عليه دين محيط بماله دون رقبته أولى فظهر أنه انما قيد بقوله و عليه دين محيط برقبته ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الاولى.

قال و إذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة و باعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر و نصف لأن هذا البيع و إن قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفرؒ مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف و هو مقصود و الانعقاد يتبع الفائدة

و قال أبو يوسف و محمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في قول له أن يبيعه مرابحة على ما اشتراه به لتباين الأملاك بينهما. و قال الأترازيؒ قد اختلف نسخ شروح الجامع الصغير فقد قيد فخر السلامؒ دين العبد المستغرق. و قال الصدر الشهيدؒ عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط و قاضي خانؒ قيد بالمحيط أيضاً و العتابيؒ قيد بالمأذون فحسب و لم يذكر الدين أصلاً و قال في شرح الطحاويؒ لو اشترى من مماليكه و مكاتبه و عبده المأذون الذي عليه دين أو لا دين عليه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين إلا أن يبين الأمر على وجه. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة و باعه من رب المال بخمسة عشر فإنه) أي رب المال (يبيعه مرابحة باثني عشر و نصف) لأن بيع المرابحة بيع أمانة يحترز فيها عن الخيانة و شبهتها (لأن هذا البيع و إن قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفرؒ) فإن عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب و لا بيع المضارب من رب المال إذا لم يكن في المال ربح (مع أنه اشتري ماله بماله) أي مع أن رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه لأن رقبة المال له (لما فيه) دليل قوله قضى بجوازه و ذلك أن ولاية التصرف إنقطعت عن رب المال بتسليم المال إلى المضارب ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف و هو معنى قوله لما فيه أي لما في هذا العقد. (من استفادة ولاية التصرف) أي ملك اليد لأن رب المال بالتسليم إلى المضارب قطع ولاية التصرف عن ماله و بالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف و لهذا لو صار مال المضاربة جارية لا يحل لرب المال وطيها و إن لم يكن فيها ربح ذكره الامام التمرتاشيؒ. و للمضارب حق التصرف و لهذا لا يملك رب المال منع المضارب عن التصرف ذكره في الإيضاح (و هو مقصود) أي حصول ولاية التصرف هو المقصود (و الانعقاد يتبع الفائدة) أي إنعقاد العقد يتبع الفائدة و لهذا إذا جمع بين عبده و عبد غيره و اشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما و دخل عبده في الشراء لحصول الفائدة في حق إنقسام الثمن ثم يخرج فكذا فيما نحن فيه لأن المال كالمملوك للمضارب في حق التصرف و

ففيه شبهة العدم ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح. قال و من اشترى جارية فأعورت أو وطيها و هي ثيب يبيعها مرابحة و لا يبين لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لأن الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن و لهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن و كذا منافع البضع لا يقابلها الثمن

كغير المملوك لرب المال في حق التصرف و لايملك رب المال إبطال هذا الملك للمضارب إلا بالشراء فجاز ذلك لحصول الفائدة. (ففيه شبهة العدم) جواب قوله و إن قضى بجوازه أي عدم الجواز ثم أوضح المصنفّ ذلك بقوله (ألا ترى أنه) أي أن المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الأول من وجه) لأنه يعمل لنفسه و لرب المال و لهذا يكون الربح لهما بخلاف الوكيل لانه يعمل للموكل و لهذا يكون الربح له (فاعتبر البيع الثاني) يعني لما كان فيه شبهة العدم اعتبر البيع الثاني (عدماً في حق نصف الربح) لان ذلك حق رب المال. و قال تاج الشريعةّ في حق نصف الربح و هو نصف الربح الذي بحصته و لا يعمل في حق نصف الربح يستحقه المضارب إذ لا شبهة في هذا النصف أصلاً (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من اشترى جارية فأعورت) أي بآفة (١) سماوية أو ثوباً أو طعاماً فأصابه عيب عند المشتري بغير فعل أحد (أو وطها و هي ثيب يبيعها مرابحة و لا يبين) (٢) أي لا يقول إنها سليمة فأعورت في يدي (لأنه لم يحتبس عنده) أي عند المشتري (شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة) و التوابع (لا يقابلها) شيء من (الثمن) و الفائت وصف فيكون تبعاً لا يقابله شيء من الثمن اذا فات بغير صنع أحد و إنما البدل كله بمقابلة الاصل و هو باق على حاله فيبيعه مرابحة بلا بيان. (و لهذا) توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابلة الثمن (لو فاتت) أي العين (قبل التسليم) إلى المشتري (لا يسقط شيء من الثمن و كذا منافع البضع لا يقابلها الثمن) لانها ليست بمال فإن قيل (٣) يشكل على قوله الفائت وصف لا يقابله شيء من الثمن بالاجل فان الأجل وصف و عليه أن يبينه إذا اشتراه بالأجل. قلنا يعطي في مقابلة الاجل شيء عادة فيكون في مقابلة شيء من الثمن فيكون كالجزء فيلزمه البيان فإن قيل (٤) المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء و الجزء إذا قصد إتلافه كان له قسط من الثمن بدليل أنه لو اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيباً لم يتمكن من الرد و إن كانت هي ثيباً

---

(١)بآفة سماوية أو بفعل الجارية بنفسها كذا فى العناية و الفتح. (٢)و لا يبين الخ. و أما نفس العيب فلا بد من بيانه بأن يبين العيب و الثمن من غير أن يبين أنه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده كذا فى الحواشي معزيا الى الدرر. (٣)فان قيل الخ. نحوه فى فتح القدير ص١٣٢ ج٦. (٤)فان قيل الخ. نحوه فى الكفاية و الفتح و العناية.

و المسألة فيما إذا لم ينقصها الوطى و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى

وقت الشراء و ذلك باعتبار أن المستوفي من الوطىء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري قلنا عدم جواز الرد باعتبار ما ذكرت غير مسلم بل لمعنى آخر و هو لا يخلو إما أن يردها مع العقر و لا وجه إليه لان العقد ما ورد على الزيادة أو يردها بغير عقر و لا وجه إليه أيضاً لانها تعود إلى قديم ملكه فيكون وطء المشتري بلا ملك و ذا لا يجوز (و المسألة فيما إذا لم ينقصها الوطي) لانها اذا نقصها فات الوصف بفعل قصدى و هذا فى الثيب لان الوطى لا ينقصها فيبيعها مرابحة قبل البيان بخلاف البكر فإنه إذا وطيها ازال عذرتها فلا يبيعها مرابحة قبل البيان لانه حبس جزءاً من العين كما يحكى عن قريب و فى الثيب المستوفى ليس بمال فلا يقابله البدل فكان كالإستخدام و لهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير أن المشتري يخير بين أخذه بكل الثمن و تركه. و في قول زفرؒ إذا أعورت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها التي اشتراها به. قال (١) الفقيه أبو الليثؒ و قول زفرؒ أحوط ثم قال و به نأخذ (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الفصل الأول) و هو ما إذا اشترى جارية فأعورت (أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله) أي كما إذا احتبس الشيء الفائت بفعل المشترى (و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى) و هو زفرؒ أيضاً لكنهما اختلفا في التخريج فعند (٢) زفرؒ يجب البيان باعتبار أنه لو علم المشتري أنه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل لم يلتزم له ربحاً على ذلك ما لم يبين بعد ما تعيب و أما الشافعي رحمه الله تعالى فيقول وجب البيان بناء على

(١)قال الفقيه الخ. و فى فتح القدير ص١٣٢ ج٦. قال الفقيه أبو الليثؒ و قول زفر أجود و به نأخذ. و اختياره هذا حسن لأن مبنى المرابحة على عدم الخيانة و عدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشترى أن الثمن المذكور كان لها ناقصة و الغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطيطة و قد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبى أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح لظنه أنه قيمتها و هذا يبين أنه لا يروم شراؤها إلا بقيمتها كي لا يغبن و انه لو علمه لم يرض فكان سكوته تقريرا له و قريب من هذا ما روى هشامؒ عن محمد رحمه الله تعالى أن ذلك اذا نقصه العيب شيئا يسيرا فان نقصه قدرا لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة يعنى بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بامر الله تعالى فانه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه فى حال غلائه و كذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ الزام قوى اه. و فى المنحة على البحر ص ١٩٠ ج٦. قال فى النهر: و قد يفرق بأن الايهام مع تغير السعر و اصفرار الثوب أو توسخه ضعيف لا يعول عليه بخلاف ما لو أعورت الجارية فرابحه على ثمنها فانه قوى جدا فلم يغتفر اه. قلت: و للبحث فيه مجال فقد يكون تفاوت السعرين أفحش من التفاوت بالعيب و الكلام حيث لم يدر المشترى بجميع ذلك فلا فرق يظهر فتدبر. (٢)فعند زفرؒ الخ. كذا فى المبسوط للسرخسيؒ ص٧٩ ج١٣.

فأما إذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبي فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن و كذا إذا وطيها و هي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن و قد حبسها و لو اشترى ثوباً فأصابه قرض (١) فأر او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان و لو تكسر بنشره وطيّه لا يبيعه حتى يبين و المعنى ما بيناه. قال و من اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة و لم يبين

مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن و أن التعيب بآفة سماوية و بصنع العباد سواء (فقأ عينها) و في بعض النسخ قلنا إذا فقأ عينها و في بعضها فأما إذا فقأ عينها. قال الاترازيّ هو الاصح و قال الاكملّ (٢) و في بعض النسخ قلنا فيكون جواباً لقول أبي يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى يعنى إذا فقأ المشتري عين الجارية (بنفسه أو فقأها أجنبي فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصوداً بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن) و عبارة المصنفّ تدل بالتنصيص على أخذ رأشها و هو المذكور في لفظ محمد رحمه الله تعالى في أصل الجامع الصغير و قال في النهاية: كأن ذكر الارش وقع اتفاقاً لانه لما فقأ الاجنبي وجب عليه ضمان الارش وجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فأخذ حكمه. ثم قال و الدليل على هذا اطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الارش و ذكر نقل المبسوط كذلك (و كذا إذا وطيها و هي بكر) لا يبيعها مرابحة إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن و قد حبسها) فلا بد من البيان و لو فقأت عين نفسها بنفسها فهو كالأعور بآفة سماوية إذ لا يلزمه البيان كذا فى المبسوط (٣) (و لو إشترى ثوباً فأصابه قرض (٤) فأر) بالقاف من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعه. ونص أبو اليسرّ على أنه بالفاء (أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان) لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (و لو تكسر) أي الثوب (بنشره وطيّه لا يبيعه) مرابحة (حتى يبين) لأنه صار مقصوداً بالاتلاف (و المعنى (٥) ما بيناه) اشارة الى هذين الدليلين أحدهما فيقرض الفأر و الآخر في تكسر الثوب. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة و لم يبين) أنه

(١)قرض فأر –ن– فرض فار. (٢)قال الأكملّ فى العناية ص ١٣٢ ج٦. (٣)المبسوط للسرخسيّ ص٧٩ ج١٣.
(٤)قرض فأر. و فى المغرب ص١٦٩ ج٢. القرض (بالفتح فالسكون): القطع يقال قرض الثوب بالمقراض و قرضته الفأرة (من باب ضرب) و هى القراضة (بالضم). (٥)و المعنى أى الدليل ما بيناه أما فى فرض فار فلما ذكر فى الاعورار أن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن و أما فى حق تكسر الثوب بنشره فلما ذكر فى فقأ العين أنه صار مقصودا بالإتلاف كذا فى الكفاية ص١٣٣ ج٦.

فعلم المشترى فإن شاء رده و إن شاء قبل لان للأجل شبهاً بالمبيع. الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل و الشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين و باع احدهما مرابحة بثمنهما و الإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فإذا ظهرت يخير كما في العيب و إن استهلكه ثم علم لزمه بألف و مائة لان الأجل لا يقابله شيء من الثمن قال فإن كان ولاه اياه و لم يبين رده إن شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الأول

اشتراه نسيئة (فعلم المشتري فإن شاء رده و إن شاء قبل) و به قال (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى (لأن للأجل شبهاً بالمبيع الا يرى (٢) أنه يزاد في الثمن لاجل (٣) الاجل و الشبهة في هذا) أي في هذا الباب (٤) (ملحقة بالحقيقة) أي بحقيقة المبيع احتياطاً (فصار كأنه اشترى شيئين و باع أحدهما مرابحة بثمنهما) أي بثمن الإثنين و ذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا (و الإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة) فإذا لم يبين أنه نسيئة تظهر الخيانة و ظهورها كالعيب فيكون له الخيار و هو معنى قوله (فاذا ظهرت) أي الخيانة (يخير) (٥) أى له الخيار بين الاخذ و الترك (كما فى العيب) أى كما له الخيار عند ظهور العيب فى المبيع (و إن استهلكه) أى و إن استهلك المشترى المبيع المذكور بوجه بأن باعه أو بوجه آخر. (ثم علم لزمه) أى لزم المبيع المشترى لتعذر الفسخ (بألف و مائة (٦) لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن) حقيقة و لكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائماً فأما أن يسقط من الثمن شيء بعد الهلاك بمقابلة الأجل فلا (٧). (قال) أي محمد رحمه الله تعالى (و إن كان ولاه إياه) أى باعه بالتولية (و لم يبين) أنه اشتراه بألف نسيئة ثم علم المشترى كان له الخيار (رده إن شاء لان الخيانة فى التولية مثلها (٨) فى المرابحة لانه بناء (٩) على الثمن الأول) بلا زيادة

---

(١)و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٢٦٣ ج٤. (٢)ألا يرى الخ. توضيح لقوله لأن للأجل الخ. (٣)لأجل الأجل. و فى العناية ص١٣٣ ج٦. و نوقض بأن الغلام السليم الأعضاء يزاد فى ثمنه لأجل سلامة الأعضاء بالنسبة إلى غير السليم و ان فاتت سلامة الأعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر فى مسئلة إعورار العين و أجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصا عليها أنها فى مقابلة السلامة و ما نحن فيه هوأن يقول إن أجلتنى مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فتثبت زيادة الثمن فى الأجل بالشرط و لا يثبت ذلك فى سلامة الأعضاء. (٤)هذا الباب أى باب المرابحة. (٥)يخير على ما عرف من مذهب أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و لو فرع على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ينبغى أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله فى هذا يزاد لأجل الأجل كذا فى فتح القدير ص١٣٣ ج٦. (٦)بألف و مائة حالة كذا فى الفتح. (٧)فلا و إلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة و ذلك خلف باطل. كذا فى العناية. (٨)مثلها أى مثل الخيانة. (٩)لأنه بناء أى لأن التولية مبنية.

و ان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالّة لما ذكرناه. و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يرد القيمة و يسترد كل الثمن و هو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد و علم بعد الإنفاق و سيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى. و قيل يقوّم بثمن حالّ و بثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما و لو لم يكن الاجل مشروطاً في العقد و لكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط و قيل يبيعه و لا يبينه لان الثمن حال. قال و من ولي رجلا شيئاً بما قام عليه و لم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فإن أعلمه البائع في المجلس فهو بالخيار

و لا نقصان فلا يمكن الحط هنا لأن الثمن هو الألف و لا زيادة فأي شيء يحط (و إن كان استهلكه ثم علم لزمه (١) بألف حالة لما ذكرناه) أراد به قوله لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) في النوادر أنه قال (انه) أي ان المشتري (يرد القيمة) أي قيمة العين (و يسترد كل الثمن و هو) أي المذكور من هذا الحكم (نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد) بأن كان له على آخر عشرة جياد فاستوفى زيوفاً (و علم بعد الإنفاق) يرد زيوفاً مثلها و يأخذ الجياد (و سيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى) أي في مسائل منشورة قبيل كتاب الصرف (و قيل) قائله الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالى (يقوّم بمثن حالّ و بثمن مؤجل فيرجع) أي المشترى على البائع (بفضل ما بينهما) أي التفاوت الذي بين القيمتين (و لو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد و لكنه منجم معتاد) كعادة بعض البلدان يشترون بعقد و يسلمون الثمن بعد شهر إما جملة أو منجماً (قيل (٢) لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط) أى لأن الثابت بالعرف كالمشروط بين العاقدين (و قيل (٣) يبيعه و لا يبينه) يعني لا يجب بيانه (لأن الثمن حالّ) لعدم ذكر الأجل و الأصل الحالّ في الثمن. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه) يعني إذا قال وليتك هذا بما قام عليّ يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ و الفتل و غير ذلك (و لم يعلم) اي و الحال أنه لم يعلم (المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن) و به قال (٤) الشافعي رحمه الله تعالى في أصح الوجهين. و الوجه الثاني أنه لا يفسد البيع (فان أعلمه البائع) أي فان أعلم المشتري البائع بثمنه (في المجلس فهو بالخيار

---

(١)ثم علم أي الخيانة. (٢)قيل لا بد الخ. قال العلامة ابن نجيم الحنفي في البحر ص ١٩١ ج٦. و ينبغي ترجيح هذا القول لأن المرابحة مبنية على الامانة و الاحتراز عن شبهة الخيانة. (٣)قيل يبيعه الخ. و في المنحة على البحر: قال في النهر: و هو قول الجمهور. (٤)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح الوجيز ص٣٢١ ج٤.

إن شاء أخذه و إن شاء تركه لأن الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد و صار كتأخير القبول إلى آخر المجلس و بعد الإفتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح و نظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس و إنما يتخير لان الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الروية.

إن شاء أخذه و إن شاء تركه لأن الفساد (١) لم يتقرر) لأنه في مجلس العقد لا يتقرر لأن ساعات المجلس كساعة واحدة دفعاً للضرر و تحقيقاً لليسر (فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد) و صح البيع و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و في وجه قال لا ينقلب صحيحاً بعد ما انعقد فاسدا (و صار) أي صار تاخير حصول العلم الى آخر المجلس عفوا (كتأخير القبول إلى آخر المجلس) فان القبول في آخر المجلس يرتبط بالإيجاب و إن تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوله فيصح على تقدير الإبتداء (و بعد الإفتراق قد تقرر) أي الفساد (فلا يقبل الإصلاح) و في الكافي هذا فساد لا يحتمل الإصلاح (و نظيره) أي نظير هذا الحكم (بيع الشيء برقمه) بسكون قاف صورته أن التاجر يرقم الثياب أي يعلمها بعلامة بأن ثمنها كذا فيبيع بذلك الثمن الذي هو معلوم للبائع غير معلوم للمشتري (إذا علم) أي المشتري إذا علم قدر ذلك الثمن (في) ذلك (المحلس) صح البيع و إن كان بعد القبول فيصير كأنه علم وقت القبول و لو علم بعد الإفتراق لا يصح (و إنما يتخير) أي المشتري (لأن الرضاء لم يتم قبله) أي قبل العلم بمقدار الثمن كما لا يتم بعدم الروية (لعدم العلم فيتخير) أي المشتري (كما في خيار الروية) أي كما يتخير في خيار الروية إذا رآه إن شاء أخذه و إن شاء رده لأن ورود الشرع باثبات الخيار ثمة ورود ههنا فان قيل ينبغي أن لا يكون للمشتري الخيار لما ذكرنا أن الموجود في آخر المجلس كالموجود في أوله قلنا لم يوجد الرضا في آخر المجلس حتى يجعل كالموجود في أوله فلهذا كان له الخيار.

---

(١)لأن الفساد لم يتقرر. و في فتح القدير ص ١٣٤ ج٦. و هذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة و هو الصحيح خلافا لما روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه صحيح له عرضية الفساد. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح الوجيز ص ٣٢١ ج٤.

فصل

و من اشترى شيئاً مما ينقل و يحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه

(فصل)

أي هذا فصل في بيان مسائل غير المسائل التي ذكرت قبله و إنما ذكرها ههنا استطراداً باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد من الأوصاف كالمرابحة و التولية (و من اشترى شيئاً مما ينقل و يحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه) قيد بالبيع و لم يقل لم يجز أن يتصرف فيه لتقع المسألة على الإتفاق. و قال (١) مالك رحمه الله تعالى يجوز جميع التصرفات في غير الطعام قبل القبض

(١)قال مالك رحمه الله تعالى الخ. قال العلامة الموفق الحنبليّ في المغني ص٢١٧ ج٤. قال الخرقيّ اذا وقع البيع على مكيل أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع و ما عداه فلا يحتاج فيه إلى القبض و ان تلف فهو من مال المشترى و حكى الموفقّ فيه اختلاف الروايات عن الامامٌ فيما يحتاج إلى قبض و قال ابن عبد البرّ: الأصح عن احمد بن حنبلّ أن الذى يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام و قال: قال ابن المنذر: أجمع أهل العم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه و قال: قال مالك رحمه الله تعالى ما بيع من الطعام مكايلة أو موازنة لم يجز بيعه قبل قبضه و ما بيع مجازفة أو بيع من غير الطعام مكايلة أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ثم قال الموفق: قد ذكرنا الذى لا يحتاج إلى قبض و الخلاف فيه و كل ما يحتاج إلى قبض إذا اشتراه لم يجز بيعه حتى يقبضه ولم أعلم بين أهل العلم فيه خلافاً إلا ما حكى عن البتيّ أنه قال لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه. قال ابن عبد البر: هذا قول مردود بالسنة و الحجة المجمعة على الطعام و أما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين و يروى مثل هذا عن عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه و ابن المسيب و الحكم و حماد و الأوزاعي و إسحاق و عن أحمد رواية أخرى: لا يجوز بيع شيء قبل قبضه اختارها ابن عقيلّ و روى ذلك عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه و هذا قول أبى حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى إلا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى أجاز بيع العقار قبل قبضه اه. و قال الفقيه المحدث محمد زكرياّ في اوجز المسالك ص٥٣ ج١١. و قال ابن رشد: أما بيع ماسوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك رحمه الله تعالى في إجازته و أما الطعام الربوى فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه و أما غير الربوى من الطعام فعنه في ذلك روايتان: إحداهما المنع و هي الأشهر و بها قال أحمد و أبو ثور رحمهما الله تعالى إلا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل و الوزن و الرواية الأخرى الجواز و أما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فالقبض عنده شرط في كل مبيع ما عدا المبيعات التي لا تنقل و لا تحول كالدور و العقار. و أما الشافعي رحمه الله تعالى فإن القبض عنده شرط في كل مبيع و به قال الثوريّ و هو مروى عن جابر بن عبد الله و ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و قال أبو عبيد و إسحاق كل شيء لا يكال و لا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون و به قال ابن حبيب و عبد العزيز بن أبى سلمة و ربيعة و زاد هؤلاء مع الكيل و الوزن المعدود فتحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال: الأول الطعام الربوى فقط الثاني في الطعام بإطلاق الثالث في الطعام المكيل و الموزون الرابع في كل شيء ينقل الخامس في كل شيء السادس في المكيل و الموزون السابع في المكيل و الموزون و المعدود اه. و قال في الأوجز ص١٩٩ ج١١. و قال الباجي: المبيع على ضربين مطعوم و غير مطعوم و المطعوم على قسمين قسم: يجرى فيه الربا و قسم لا يجرى فيه فالذى يجرى فيه الربا فلا خلاف في المذهب =>

لأنه عليه الصلاة و السلام نهى عن بيع ما لم يقبض

لأنه عليه الصلاة و السلام خص الطعام بالذكر عند النهي بقوله: من ابتاع (١) طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه فدل على تخصيص الحكم و إلا فليس لهذا التخصيص فائدة. قلنا التخصيص بالشيء لا يدل على نفي الحكم عما عداه و قال أحمد رحمه الله تعالى إن كان المبيع مكيلا أو موزوناً أو معدوداً لم يجز بيعه قبل القبض و في غيره يجوز (لأنه عليه الصلاة و السلام) أي لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع ما لم يقبض) رواه النسائيّ (٢) في سننه الكبرى عن يعلي بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنهم قال: قلت يا رسول الله

=> في أنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه و الذي لا يجري فيه الربا فمن مالك فيه روايتان إحداهما: لا يجوز بيعه قبل الاستيفاء و هو المشهور من المذهب و روى ابن وهب عن مالك: أنه يجوز بيعه قبل قبضه و إن كان غير مطعوم فمذهب مالك أنه لا مدخل لهذا الحكم في غير المطعوم و لا تعلق له به سواء كان مكيلا أو موزونا أو غير ذلك و قال عبد العزيز بن أبي سلمة و ربيعة و يحي بن سعيد: أن كل ما بيع على كيل أو وزن أو عدد مطعوما كان أو غير مطعوم فلا يجوز بيعه قبل القبض و اختاره ابن حبيب انتهى. (١)من ابتاع الخ. روى هذا الحديث عن ابن عمر و ابن عباس و أبي هريرة و جابر بن عبدالله و حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنهم. أما حديث ابن عمر و حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فاخرجهما البخاريّ في البيوع باب ما يذكر في بيع الطعام و الحكرة ص٢٨٦ ج١ و مسلمٌ فيه باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ص٥ ج٢ و أبوداودٌ فيه باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ص١٣٧ ج٢ و النسائيّ فيه بيع الطعام قبل أن يستوفى ص٢٢٣ ج٢ و أخرج الترمذيّ حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه في البيوع باب ما جآء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه ص١٥٥ ج١ و أما حديث أبي هريرة و حديث جابر رضي الله تعالى عنهما فاخرجهما مسلمٌ في الباب المذكور آنفا ص٥ ج٢ و أما حديث حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه فاخرجه النسائيّ في الباب المذكور آنفاص ٢٢٣ ج٢ و البيهقيّ في البيوع باب النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى ص٣١٢ ج٥. و أجاب العلامة النووي الشافعيّ في شرح المهذب ص٢٧١ ج٩. عن هذه الأحاديث بوجهين أحدهما أن هذا استدلال بداخل الخطاب و التنبيه مقدم عليه فانه اذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة اليه فغيره أولى و الثاني أن النطق الخاص مقدم عليه و هو حديث حكيم و حديث زيد رضي الله تعالى عنهما. (٢)رواه النسائيّ الخ. كذا في نصب الراية ص٣٢ ج٤. أقول لم أجده بهذا اللفظ في السنن الكبرى للنسائيّ نعم رواه البيهقيّ بهذا اللفظ في البيوع باب النهي عن بيع ما لم يقبض و ان كان غير طعام ص٣١٣ ج٥ و قال هذا اسناد حسن متصل و رواه الدارقطنيّ في البيوع ص٩ ج٣ و لفظه قال: اذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه. و قال الحافظ الزيلعيّ في نصب الراية ص٣٣ ج٤. قال صاحب التنقيح: قال ابن حزم: عبدالله بن عصمةٌ مجهول و صحح الحديث من رواية يوسف نفسه عن حكيم رضي الله تعالى عنه لأنه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه و الصحيح أن بين يوسف و حكيم فيه عبد الله بن عصمة و هو الجشمي حجازي و قد ذكره ابن حبانٌ في الثقات و قال عبد الحقّ في أحكامه بعد ذكره هذا الحديث: عبد الله بن عصمة ضعيف جدا و تبعه على ذلك ابن القطانٌ و كلاهما مخطئ في ذلك و قد اشتبه عليهما عبدالله بن عصمة هذا بالنصيبي أو غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه. و في فتح القدير ص١٣٦ ج٦. فالحق أن الحديث حجة انتهى. أقول و من الدلائل =>

و لأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك و يجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى

اني رجل ابتاع هذه البيوع و أبيعها فما يحل لي منها و ما يحرم عليّ قال يا ابن أخي قال لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه و رواه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده و ابن حبانؒ في صحيحه. و روى (١) الطحاويؒ باسناده إلى حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه قال: كنت أشترى طعاماً فأربح فيه قبل أن أقبضه فسألت النبي ﷺ فقال: لا تبعه حتى تقبض (و لأن فيه) أي في المنقول (غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك) أي هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه و ذلك مفسد للعقد. و في الإيضاح كل (٢) عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع و الأجرة إذا كانت عيناً و بدل الصلح عن الدين إذا كان عينا و مالا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر و بدل الخلع و العتق على مال و بدل الصلح عن دم العمد (و يجوز (٣) بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى

=> ما رواه أبو داودؒ في البيوع باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ص١٣٧ ج٦ حدثنا محمد بن اسحاق عن أبي الزناد عن عبيد بن حنين عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك فان رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم انتهى و رواه الدارقطنيؒ في البيوع ص١٣ ج٣. و قال الحافظ الزيلعيؒ في نصب الراية ص٣٢ ج٤: و رواه ابن حبانؒ في صحيحه و الحاكمؒ في المستدرك و صححه و قال في التنقيح: سنده جيد فان ابن اسحاقؒ صرح فيه بالتحديث انتهى. و من الدلائل ما رواه البخاريؒ في البيوع باب بيع الطعام قبل أن يقبض ص٢٨٦ ج١ عن طاؤسؒ يقول سمعت ابن عباس رضى الله تعالى عنه يقول أما الذى نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه و لا أحسب كل شيء إلا مثله انتهى و قال الحافظ العينيؒ في عمدة القارى ص٢٥٤ ج١١. قوله "أما الذى نهى عنه" قد علم ان كلمة أما في مثل هذا تقتضى التسليم و يقدر ههنا ما يدل عليه السياق و هو و أما غير ما نهى عنه فلا أظنه إلا مثله في أنه لا يباع أيضا قبل القبض.
(١)روى الطحاويؒ في شرح معاني الآثار في البيوع باب ما نهى عن بيعه حتى يقبض ص٢٠١ ج٢. (٢)كل عوض الخ. هذا الأصل لا يتمشى على قول محمد رحمه الله تعالى فالظاهر أنه خاص بأبي يوسف رحمه الله تعالى تأمل. كذا في المنحة على البحر ص١٩٤ ج٦. (٣)و يجوز بيع العقار الخ. و في البحر ص١٩٣ ج٦. و انما عبر بالجواز دون النفاذ أو اللزوم لأن النفاذ و اللزوم موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع و إلا فللبائع إبطاله و كذا كل تصرف يقبل النقض اذا فعله المشترى قبل القبض أو بعده بغير اذن البائع فللبائع إبطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالعتق و التدبير و الاستيلاد. و قيد بالبيع لأنه اشترى عقارا فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل كذا في الخانية.

و قال محمد رحمه الله تعالى لايجوز رجوعاً إلى إطلاق الحديث و اعتباراً بالمنقول و صار كالاجارة و لهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله و لاغرز فيه لأن الهلاك فى العقار نادر بخلا ف المنقول

و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز) و به قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى و أحمد و أبو حنيفة رحمهما الله تعالى أولاً (رجوعاً) أي راجعاً أو لأجل الرجوع (إلى إطلاق الحديث) المذكور فان كلمة ما في الحديث المذكور للتعميم و لم يلحقه خصوص فلا يجوز تخصيصه بالقياس (و اعتباراً بالمنقول) أي قياسا عليه لأنه مبيع لم يقبض فلا يجوز بيعه كالمنقول (و صار كالاجارة) فانها في العقار لا يجوز قبل القبض و الجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعاً و النهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسداً قبل القبض لأنه لم يدخل فى ضمانه كما فى الاجارة (و لهما) أي و لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أن ركن البيع) و هو الايجاب و القبول (صدر من أهله) أي من العاقل و البالغ (في محله) و هو المال المملوك و هو يقتضي الجواز (و لا غرر فيه) لأنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك. (لأن الهلاك في العقار) إما بغلبة الماء أو الرمل و ذلك (نادر) و النادر لا يعتد به (بخلاف المنقول) فإن الهلاك فيه غير نادر. و قال بعض مشايخنا ان جواب أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال فأما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كذا ذكره (١) الإمام المحبوبي فإن قيل (٢) هذا التعليل معارض لمطلق النص فإن مطلقه يتناول العقار كما بينا قلنا الحديث مخصوص فان بيع المهر و بدل الخلع و الصلح عن دم العمد و الميراث و كذا التصرف فى الثمن قبل القبض يصح بالاتفاق فحينئذ يجوز تخصيصه بالقياس و الدليل عليه ثبوت حق الشفعة قبل القبض للشفيع فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لما جاز للشفيع الأخذ بالشفعة قبل القبض. و للشافعي رحمه الله تعالى (٣) في الأخذ بالشفعة قبل القبض وجهان في وجه يصح و فى وجه لا يصح و هو الأصح. فان قيل: يتوهم انفساخ العقد بالرد بالعيب و ذلك غير نادر قلنا لا يتوهم الإنفساخ بالرد حتى جاز البيع فيه قبل

---

(١)ذكره الامام المحبوبي كذا فى فتح القدير ص١٣٨ ج٦. و فيه أيضا: و فى الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض. (٢)فان قيل الخ. نحوه فى فتح القدير. (٣)و للشافعي رحمه الله تعالى الخ. و فى شرح المهذب ص٢٦٨ ج٩. الشفيع اذا تملك الشقص قال البغوي له بيعه قبل القبض و قال المتولي ليس له ذلك و هذا أصح و أقوى كذا قال الرافعي.

و الغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد و الحديث معلول به عملاً بدلائل الجواز

القبض لأنه على تقدير جواز البيع قبل القبض يصير ملكاً للمشتري و حينئذ (١) لا يملك المشتري الأول الرد بالعيب فلا يتوهم الإنفساخ فيه بالرد حينئذ كذا في الفوائد الظهيرية. (و الغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد) هذا جواب عما يقال كيف قلت و لا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر و الغرر موجود أيضا بعد القبض بظهور الاستحقاق فأجاب بقوله و الغرر المنهي عنه في الحديث غرر انفساخ العقد الأول (و الحديث) أي الحديث المذكور (معلول به) أي بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض بهلاك المعقود عليه فيكون مخصوصاً بالمنقول ألا ترى أنه يجوز الإعتاق قبل القبض و الوصية قبله (عملاً بدلائل الجواز) أي جواز البيع من الكتاب و السنة و الإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى و أحل (٢) الله البيع و حرم الربا و أما السنة فقوله عليه الصلاة و السلام: يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو و الحلف فشوبوه بالصدقة هكذا ذكره الأترازيّ في شرحه ثم قال رواه في السنن قيس بن أبي غرزة رضى الله تعالى عنه قلت الحديث أخرجه (٣) أصحاب السنن الأربعة رحمهم الله تعالى و لفظه فما ذكره الترمذيّ حدثنا هناد حدثنا أبوبكر بن عياش عن عاصم عن أبي وائل عن قيس بن أبي غرزة رضى الله تعالى عنه قال خرج علينا رسول الله ﷺ و نحن نسمى السماسرة فقال يا معشر التجار ان الشيطان و الإثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة ثم قال الترمذيّ حديث حسن صحيح. و قيس (٤) بن أبي غرزة رضى الله تعالى عنه بفتح الغين المعجمة

(١)و حينئذ الخ. و فيه نظر لأنه إن رد عليه بقضاء القاضي عاد له الرد و الأولى أن يقال كلامنا في غرر الانفساخ و ما ذكرتم غرر الفسخ كذا في العناية ص١٣٧ ج٦. (٢)و أحل الله الآية، البقرة: ٢٧٥. (٣)أخرجه أصحاب السنن الأربعة رحمهم الله تعالى. أبوداودّ في البيوع باب في التجارة يخالطه الحلف و اللغو ص١١٦ ج٢. و الترمذيّ فيه باب ما جآء في التجار و تسمية النبي ﷺ إياهم ص١٤٥ ج١ و النسائيّ فيه الأمر بالصدقة لمن لم يعتقد اليمين بقلبه في حال بيعه ص٢١٢ ج٢ و ابن ماجةّ في التجارات باب التوقى في التجارة ص١٥٦. (٤)قيس بن أبي غرزة رضى الله تعالى عنه الخ. كذا في الاستيعاب. و في الاصابة ص٢٥٦ ج٣. (٧٢١٧) قيس بن أبي غرزة بفتح المعجمة و الراء ثم الزاي المنقوطة ابن عمير بن وهب بن حران بن حارثة بن غفار الغفاري و قيل الجهني أو البجلي. قال البخاري و ابن أبي حاتم رحمهما الله تعالى غفاري و يقال جهني. روى عن النبي ﷺ انه قال يا معشر التجار الحديث أخرجه البخاريّ في تاريخه من طريق منصورّ عن أبي وائلّ عن قيس بن أبي غرزة الغفاري رضى الله تعالى عنه فذكر الحديث أخرجه أصحاب السنن رحمهم الله تعالى من رواية أبي وائلّ عنه و صححه و قال ابن أبي حاتمّ كوفي له صحبة و قال ابن السكنّ له صحبة سكن الكوفة و ذكر مسلم و الازدى أنه تفرد بالرّواية عنه و صححه و قال أبوعمرّ (في الاستيعاب) روى عنه الحكم بن عتيبةّ و لا أدرى أ سمع منه أم لا. و جزم غيره بأن روايته عنه مرسلة اه ملخصا.

و الإجارة قيل على هذا الخلاف و لو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع و هلاكها غير نادر قال و من اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري منه أن يبيعه و لا أن يأكله حتى يعيد الكيل و الوزن لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان .

و الراء ثم الزاي غفارى سكن الكوفة و مات بها. و أما الإجماع فان النبي ﷺ بعث و الناس يتبايعون فلم ينكرهم على ذلك بل قررهم عليه و قد انعقد إجماع الأمة على ذلك(و الإجارة) جواب (١) عن قياس محمد رحمه الله تعالى صورة النزاع على الإجارة و تقريره أنها لا تصلح مقيساً عليها لأنها على الإختلاف و هو معنى قوله (قيل على هذا الخلاف) يعني عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى إجارة العقار قبل القبض جائزة. و قال(٢) في الإيضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته لأن صحة الإجارة ملك الرقبة فاذا ملك التصرف فى الأصل و هو الرقبة ملك في التابع و قيل لا يجوز بلا خلاف و هو الصحيح (٣) لأن المنافع (٤) بمنزلة المنقول و الإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من اشترى مكيلاً) أي ما يكال كالحنطة و الشعير (مكايلة) يعني بشرط الكيل بأن قال اشتريت هذا الطعام على أنه عشرة اقفزة (أو موزوناً) أي أو اشترى ما يوزن كالحديد و الذهب (موازنة) يعني بشرط الوزن بأن قال اشتريت هذا الحديد على أنه عشرة أمناء قيد بالشراء لأنه إذا ملك مكيلاً أو موزونا أو معدودا بهبة أو وصية أو ميراث جاز لمن ملك أن يتصرف فيه قبل القبض و قبل الكيل و الوزن و العدد و قيد بكونه مكايلة أو موازنة لأنه اذا اشترى المكيل أو الموزون مجازفة جاز التصرف فيه قبل الكيل و الوزن على ما يجيء عن قريب ان شاء الله تعالى (فاكتاله أو اتزنه) الإكتيال الأخذ بالكيل و الاتزان الأخذ بالوزن يقال: كال المعطي فاكتال الآخذ و وزن المعطي فاتزن الآخذ. (ثم باعه مكايلة) أي باعه المشتري بشرط الكيل (أو موازنة) أي باعه المشتري بشرط الوزن (لم يجز للمشتري منه) أي لم يجز للمشتري الثاني من المشترى الأول الذي اشتراه مكايلة أوموازنة (أن يبيعه و لا أن يأكله حتى يعيد الكيل و الوزن لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان

(١)جواب الخ. كذا فى العناية ص١٣٩ ج٦. (٢)و قال فى الايضاح الخ. كذا فى العناية. (٣)و هو الصحيح. و فى الكافي و عليه الفتوى كذا فى فتح القدير ص١٣٨ ج٦. (٤)لأن المنافع الخ. فى الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية و الشيخ الامام أبو الفضل الكرمانيّ أورد عليه اشكالا أنه اذا آجر المستاجر قبل القبض يجوز و لو صح ما قال لا يجوز انتهى. قال ابن البزازيّ و أنت خبير بأن العين قائم مقام المنفعة فى حق ارتباط الآلتين فينظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى.و ما ذكره تائيد للاشكال لا جواب عنه كما يوهم ظاهر عبارته كذا فى السعدية.

صاع البائع و صاع المشتري

صاع البائع و صاع المشترى) هذا الحديث رواه (١) ابن ماجة في سننه عن جابر رضى الله تعالى عنه رواه أبوالزبير عنه قال نهى رسول الله ﷺ نحوه و رواه أبوهريرة رضى الله تعالى عنه أيضا أخرجه (٢) عنه البزارّ من طريق محمد بن سيرينّ أن النبى ﷺ نحوه. و زاد فيه فيكون لصاحبه الزيادة و عليه النقصان انتهى. و أراد بصاع البائع صاعه لنفسه حين يشتريه و بصاع المشترى صاعه لنفسه حتى يبيعه لإجماعهم على أن البيع الواحد لا يحتاج إلى الكيل مرتين و بقولنا قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و كما لا يملك البيع لا يملك سائر التصرفات المختصة بالملك كالهبة و الوصية و نحو ذلك كذا في المبسوط و في الجامع الصغير للمحبوبيّ ولو قبضه بغير كيل و أكله لا يقال إنه أكل حراما لأنه أكل ملك نفسه إلا أنه يأثم لرده ما أمر به من الكيل. و في الفوائد الظهيرية المكيلات على أقسام الأول ما يحتاج إلى الكيل مرتين و هو السلم على ما يجيء في بابه و بيع العين المكيل مكايلة بعد ما اشتراه مكايلة و الثاني ما يحتاج إلى كيل واحد و هو ما إذا اشتري المسلم إليه حنطة مجازفة أو استفادها زراعة أو إرثا أو استقرض حنطة على أنها كر ثم أوفاها رب السلم أو باعها مكايلة احتيج فيه إلى كيل واحد و كذا فيما استفاده قرضاً بشرط الكيل. و الثالث هو مالا يحتاج فيه إلى الكيل و هو ما إذا اشترى حنطة مجازفة ثم باعها مجازفة في نوادره أنه يجوز و اعلم أن الأموال ثلاثة مقدارات كالكيلي و الوزني فان اشتراه مجازفة و قبضه جاز تصرفه

---

(١)رواه ابن ماجة في التجارات باب النهى عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ص ١٦٢ حدثنا على بن محمد ثنا وكيع عن ابن أبى ليلى عن أبى الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه الخ. و رواه الدارقطنيّ في البيوع ص٨ ج٣ و البيهقيّ فيه باب الرجل يبتاع طعاما كيلا فلا يبيعه حتى يكتاله لنفسه ثم لا يبرأ حتى يكيله على مشتريه ص٣١٦ ج٥ و في نصب الراية ص٣٤ ج٤. و رواه ابن أبى شيبة و اسحاق بن راهويه و البزاز رحمهم الله تعالى في مسانيدهم و هو معلول بابن أبى ليلىّ. (٢)أخرجه عنه البزارّ الخ. كذا في نصب الراية ص٣٤ ح٤. و فيه أيضا قال البزارّ: لا نعلمه يروى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه إلا من هذا الوجه و رواه البيهقيّ في البيوع باب الرجل يبتاع طعاما كيلا الخ ص٣١٦ ج٥ و قال الحافظّ في فتح البارى ص٤٤١ ح٤. اسناد حسن اه. أقول و في الباب ما رواه عبد الرزاقّ في البيوع باب النهى عن بيع الطعام حتى يستوفى ص٣٨ ج٨: أخبرنا معمر عن يحي بن أبى كثير أن عثمان بن عفان و حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنهما كانا يتباعان التمر و يجعلانه في غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل فنهاهم النبى ﷺ أن يبيعاه حتى يكيلاه لمن ابتاعه منهما. و في اعلاء السنن ص٢٤٣ ج١٤. و هو مرسل صحيح اه. قال الحافظّ في التلخيص ص٢٧ ج٣. و في الباب عن انس و ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أخرجهما ابن عدىّ باسنادين ضعيفين. و قال المحقق ابن الهمامّ في فتح القدير ص١٣٩ ج٦ تحت الحديث المذكور في الهداية: فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه و قبول الأئمة رحمهم الله تعالى اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى.

و لأنه يحتمل أن يزيد على المشروط و ذلك للبائع و التصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له و بخلاف ما إذا با ع الثوب مذارعة لان الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر و لا معتبر بكيل البائع قبل البيع و إن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع و المشتري و هو الشرط

قبل الكيل و الوزن على ما يجيء و إن اشتراه بشرط الكيل و الوزن فلا يجوز و قد مر. و عدديات كالجوز و البيض فإن اشتراه بشرط العد فقبضه فهل يجوز له التصرف قبل العد ثانياً لم يذكر جوابه في الكتاب فقد ذكروا في شرح الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه أبطل البيع قبل العد ثانياً كما في الكيل و الوزن لان العد لمعرفة المقدار ألا ترى أنه لو اشترى جوزاً على أنه مائة فزاد فالزيادة للبائع و لا يدخل في البيع. و روى عنهما أنهما اجازا العقد قبل العد لأن العد يخالف الكيل و الوزن ألا ترى أنه لا يجرى فيه الربا و لهذا لو باع جوزة بجوزتين جاز. و مذروعات كالثوب و العقار و نحو ذلك فان اشترى مجازفة أو بشرط الذرع بان اشترى على انه عشرة أذرع مثلاً فقبضه يجوز له التصرف فيه قبل الذرع و قد مر في أول كتاب البيوع. (و لأنه يحتمل أن يزيد على المشروط و ذلك للبائع و التصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه و هو بترك التصرف (بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له) أي للمشتري الثاني و اعترض بأن الزيادة لا تتصور في المجازفة و اجيب بأن من الجائز أنه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على أنه عشرة اقفزة مثلاً ثم باعه مجازفة فإذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشترى الأول كذا في الكافي. قال (١) الأكملُ و فيه من التمحل ما ترى و قيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع و ذلك بأن باع مجازفة و في ذهنه أنه مائة قفيز فإذا هو زائد على ما ظنه فالزائد للمشتري (و بخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة (٢) لأن الزيادة له إذ الذرع (٣) وصف في الثوب) و ليس فيه جهالة و لا إختلاط المبيع بغيره (بخلاف القدر) أي الكيل فإنه ليس بوصف لأن بإزدياد القدر لا يزداد قيمة المقدر كخمسين مناً من الحنطة إذا زاد عليه خمسون اخرى لا يزداد قيمة الخمسين الأولى. (و لا معتبر بكيل البائع قبل البيع) المراد من البائع المشتري الأول (و إن كان بحضرة المشتري) كلمة إن واصلة بما قبلها و ذلك (لأنه ليس صاع البائع و المشتري و هو الشرط) أي

(١) قال الأكملُ في العناية ص ١٤٠ ج٦. (٢) مذارعة أي بشرط الذرع على أنه عشرة أذرع مثلاً. و قول المصنفُ: لأن الزيادة له أي للمشتري لا للبائع حتى يلزم التصرف في مال الغير. (٣) اذ الذرع وصف. قال الزيلعيُ هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا و ان سمي فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع كذا في الحواشي معزيا الى الدرر.

و لا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوماً و لا تسليم إلا بحضرته و لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين و الصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد و تحقق معنى التسليم و محمل الحديث

الشرط هو صاع البائع و المشتري (و لا بكيله) أي بكيل البائع (بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم لأن به) أي بالكيل (يصير المبيع معلوماً و لا تسليم إلا بحضرته) أي بحضرة المشتري إذ لا بد للتسليم من مسلم اليه حاضر فالتسليم إلى الغائب لا يتحقق (و لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به) أي بكيل البائع. (لظاهر الحديث فإنه) أي فإن الحديث (اعتبر صاعين و قيل يكتفى به) أي بكيل البائع (و هو الصحيح) أي الإكتفاء بالكيل الواحد هو الصحيح (لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد و تحقق معنى التسليم) و انتفى احتمال الزيادة قيل في كلام المصنفؒ إيهام التناقض و ذلك لأنه وضع المسألة أولاً فيما إذا كان العقدان بشرط الكيل و استدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسألة أن الصحيح أن يكتفى بالكيل الواحد و هو يقتضي أن يكون وضع المسألة فيما يكون عقداً واحداً بشرط الكيل لما أن الإكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية إنما هو في العقد الواحد بشرط الكيل و أما إذا وجد العقدان بشرط الكيل فالإكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين. و قال (١) الاكملؒ و دفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله و لو كاله البائع المشتري الأول و بالمشتري هو الثاني و بالبيع هو البيع الثاني و معناه أن المشتري إذا باع مكايلة و كاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك و يدل على ذلك قوله (و محمل (٢) الحديث

---

(١)قال الأكملؒ في العناية ص ١٤١ ج٦. (٢)و محمل الحديث اجتماع الصفقتين. قال المحقق العلام ظفر احمد العثمانيؒ في إعلاء السنن ص ٢٣٩ ج١٤. و الحق عندى أنه لا حاجة إلى هذا المحمل بل الحديث محمول على صفقة واحدة كما هو ظاهر إلا أنا نقول إن البائع اذا كان الطعام بعد البيع بحضرة المشتري يكون ذلك الصاع هو صاع المشتري لأنه بامره و رضاه و بحضرته فعندنا قوله: "حتى يجرى فيه الصاعان" أعم من أن يكون جريان الصاعين حقيقة أو حكما و يرشد اليه قوله في حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه "فيكون لصاحبه الزيادة و عليه النقصان" لأنه يدل أن العلة في النهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع و صاع المشترى إنما هو امتياز حق البائع عن حق المشترى و بالعكس و ذا يحصل بصاع واحد اذا كان بحضرة المشترى فعلم منه أن المراد من الصاعين أعم من أن يكونا صاعين حقيقة أوحكما و ذهب البعض الى وجوب التعدد الحقيقى جريا على الظاهر و الصحيح الراجح هو الأول و تعدد الصاعين في الصفقتين لتعدد الصفقتين لا لأن الصفقتين محمل للحديث فتدبر فيه حق التدبر فلعل الحق لا يتجاوز ما قلنا.

اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم إن شاء الله تعالى و لو اشترى المعدود عداً فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لأنه ليس بمال الربا أو كالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط قال و التصرف في الثمن

اجتماع الصفقتين) فانه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور إليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اذا اجتمعت الصفقتان كما في أول المسألة. و الأكملّ غير منفرد بهذا الكلام لأن السغناقيّ ذكر هذا و تبعه الكاكيّ أيضاً (على ما نبين في باب السلم إن شاء الله تعالى) عند قوله و من أسلم في كر فلما حل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كراً و أمر رب المال بقبضه لم يكن قبضا و إن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز. قالوا الحديث (١)ورد فيما إذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشترى المسلم إليه إلى آخر ما ذكرناه فانه اشترط فيه صاعان صاع للمسلم إليه و صاع لرب السلم فيكيله للمسلم إليه أولاً ثم يكيله لنفسه لأن هاهنا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل كيل على حدة. و في الكافي قال أيضاً ان يحمل الحديث على المسلم إليه فذكر نحوه و قال انه لا يصح إلا بصاعين لاحتمال الصفقتين بشرط الكيل احديهما شراء المسلم إليه و الأخرى قبض رب السلم لنفسه و هو كالبيع الجديد فانه يحتاج فيه إلى الكيلين (و لو اشترى المعدود عداً فهو كالمذروع فيما يروى عنهما) أي عن أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى. (لأنه ليس بمال الربا) و لهذا جاز بيع الواحد بالإثنين فكان المذروع و حكمه مر (أو كالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و هو قول الكرخيّ أيضا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط) ألا ترى أنه من اشترى جوزاً على أنها ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة و لو وجدها أقل يسترد حصة النقصان من البائع كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون (قال) أي القدوريّ (و التصرف (٢) في الثمن

---

(١)الحديث ورد الخ. نحوه في فتح القدير. (٢)و التصرف في الثمن قبل القبض جائز بالبيع و الهبة و الاجارة و الوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف و السلم لان الملك مطلق و كان القياس ذلك أيضا في المبيع الا أنه منع بالنص لغرر الانفساخ و ليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع و تلزمه قيمته و سائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة و ضمان المتلفات و غيرها و استثناء السلم لان للمقبوض حكم عين المبيع و الاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز و كذا في الصرف و أيده السمع و هو ما في السنن الاربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال كنت أبيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير و آخذ الدراهم و أبيع بالدراهم و آخذ الدنانير فاتيت النبى ﷺ و هو يريد أن يدخل حجرته فاخذت بثوبه فسالته فقال اذا أخذت واحدا منها بالآخر فلا يفارقك و بينك و بينه بيع فان هذا بيع الثمن =>

قبل القبض جائز لقيام المطلق و هو الملك و ليس فيه غرر الإنفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال و يجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن.

قيل القبض جائز) بأن يأخذ من المشترى مكان الدراهم الثمن ثوباً أو غيره و كذا في سائر الديون من المهر و الأجرة و ضمان المتلفات و نحوها سوى الصرف و السلم جائز (لقيام المطلق) بكسر اللام (و هو الملك) حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكر حنطة جاز له أن يأخذ بدله شيئاً آخر (و ليس فيه) أي في التصرف في الثمن (غرر الانفساخ بالهلاك) أي انفساخ العقد بهلاك الثمن (لعدم تعينها بالتعيين) أي في النقود (١) (بخلاف المبيع) و إذا لم يفسخ يبقى الثمن على ذمة المشترى. (قال) أي القدوريّ (و يجوز (٢) للمشترى أن يزيد للبائع في الثمن) قال تاج الشريعةّ شرط صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية بقاء المبيع و كونه محلاً للمقابلة في حق المشترى حقيقة و روى عن محمد رحمه الله تعالى أن شرط صحة الزيادة في الثمن كون المبيع قابلاً للمقابلة في نفسه لا في حق المشتري حقيقة فعلى هذه الرواية تصح الزيادة في الثمن بعد ما باع المشترى أو وهب و سلم أو تصدق لأن المبيع بقي محلاً للمقابلة في نفسه. و في ظاهر الرواية لم تصح لأنه لم يبق محلاً للمقابلة في حق المشتري و قال الاترازيّ (٣) الزيادة في الثمن إنما تصح إذا كان المعقود عليه

=> الذى في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له و قد صححه الحاكمّ و الدار قطنيّ و قول الترمذيّ لا نعرفه مرفوعا الا من حديث سماك لا يضره و ان كان شعبة قال حدثني قتادة عن سيعد بن المسيب عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه لم يرفعه و حدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما لم يرفعه و حدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما لم يرفعه و رفعه سماك و أنا أهابه لان المختار في تعارض الرفع و الوقف تقديم الرفع لانه زيادة و الزيادة من الثقة مقبولة و لان الظاهر من حال ابن عمر و شدة اتباعه للاثر انه لم يكن يقتضى أحد النقدين عن الآخر مستمرا من غير أن يكون عرفه عنه ﷺ و أمر رسول الله ﷺ أن لا يفارقه و بينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف فمنع النسيئة فيه و أما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك و كان للميت ذلك التصرف فكذا للوارث و كذا الموصي له لان الوصية أخت الميراث انتهى ما في فتح القدير ص١٤٢ ج٦. أقول حديث عمر رضى الله تعالى عنه أخرجه ابوداودّ في البيوع باب في اقتضاء الذهب من الورق ص١٢٠ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء في الصرف ص١٤٩ ج١ و النسائيّ فيه أخذ الورق من الذهب الخ ص٢٢٢ ج٢ و ابن ماجةّ في التجارات باب اقتضاء الذهب من الورق ص١٦٤ و الدارقطنيّ في البيوع ص٢٣ ج٣. (١)أي في النقود. أقول فيكون الدليل أخص من المدعى كذا في السعدية. (٢)و يجوز للمشترى الخ. لو عبر باللزوم بدل الجواز لكان أولى لأن الزيادة لازمة حتى لو ندم المشترى يعد ما زاد يجبر اذا امتنع كما في الخلاصة ص٩٣ ج٣. و أطلقها فشمل ما اذا كانت من جنس الثمن أو من غيره و ما اذا كانت في مجلس العقد أو بعد مدة كما في الخلاصة ص٩٣ ج٣. (٣)قال الأترازيّ الخ. و في الخلاصة ص٩٣ ج٣. و جملة هذا في كتاب نظم الزندوستي قال: أحد عشر شيئا اذا فعل المشترى ثم زاد في الثمن =>

و يجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع و يجوز أن يحط عن الثمن و يتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة و الحط يلتحقان بأصل العقد عندنا و عند زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يصحان على اعتبار الإلتحاق

قائماً أما إذا لم يكن فلا يصح و إن كان الهلاك حقيقة أو حكماً أما حقيقة كما إذا مات و أما حكماً كما إذا اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم فقبضها المشتري فأعتقها أو دبرها أو كاتبها و كان استولدها ثم ان المشترى زاد فى ثمنها فالزيادة لا تصح و كذلك لو باعها أو وهبها من غيره و سلمها إليه. و قال في شرح الجامع الكبير و لو رهنها أو آجرها أو قطعت يدها صحت الزيادة لأن المعقود عليه قائم و النصرانيان إذا تبايعا خمراً ثم اسلما لم تجز الزيادة في الثمن لأنه كالهالك في حق المسلم و لو زاد في الثمن بعد هلاك الشاة لم يجز لأن المحل ليس بقابل (**و يجوز للبائع أن يزيد للمشترى فى المبيع و يجوز أن يحط عن الثمن**) زيادة البائع للمشتري في المبيع جائز ما دام المبيع قائماً لأن المعقود عليه ما دام قائماً كان العقد قائماً لقيام أثره و هو الملك المستفاد في العين فاذا هلك لم تصح الزيادة لان العدم لا يصح تغييره بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المعقود عليه فانه لو أمكن أن يجعل تغييراً للعقد بان كان العقد قائماً جعل تغييراً و إن لم يمكن جعله تغييراً كما فى حالة الهلاك جعل إبراء عن الدين فصح الحط فى الحالين. (**و يتعلق الاستحقاق بجميع ذلك**) أي بالمزيد و المزيد عليه فان للبائع أن يحبس المبيع ما لم يستوف المزيد و المزيد عليه من الثمن اذا كان الثمن حالاً و لس للمشتري أن يمنع الزيادة بعد ذلك لأنها استحقت بأصل العقد و كذلك المشتري ليس له مطالبة البائع بتسليم المبيع ما لم يسلم المزيد و المزيد عليه من الثمن و كذلك المشترى يرجع على البائع بجميع ذلك أعني بالأصل و الزيادة إذا استحق المبيع. و في صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم ما بقي بعد الحط من الثمن و كذلك الشفيع يستحق المبيع بما بقي بعد الحط (**فالزيادة و الحط يلتحقان بأصل العقد عندنا و عند زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يصحان على اعتبار الالتحاق**) يعني بأصل العقد

=> لا يصح أولها اذا كانت حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أو لحما فجعله قلية أو سكباجة أو جعله إربا إربا أو كان عبدا فأعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولد الجارية أو قطنا فغزله أو غزلا فنسجه. الحادى عشر أو كانت جارية فماتت. و لو فعل اثنتى عشر ثم زاد يجوز أولها المبيع لو كانت شاة فذبحها و ان كان قطنا محلوجا فندفه أو غير محلوج فحلجه أو كرباسا فخاطه خريطة من غير أن يقطعه أو حديدا فجعله سيفا أو كانت جارية فرهنها أو آجرها أو كانت خرابة فبناها أو آجرها أو آجر الأرض ثم زاد فى الثمن و منها اذا باعها ثم ان المشترى الثانى لقى البائع الأول فزاد فى الثمن جاز و منها المزارع اذا زاد رب الأرض السدس فى نصيبه و البذر منه قبل أن يستحصده جاز و بعده لا. الكل فى النظم اه.

بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد و كذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار براً مبتدأ و لنا انهما بالحط و الزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع و هو كونه رابحاً او خاسرا او عدلاً و لهما ولاية الرفع فأولى ان يكون لهما ولاية التغيير و صار كما إذا اسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل

(بل يصحان (على اعتبار ابتداء الصلة) يعني الهبة بالزيادة عندهما في الثمن و المثمن هبة ابتداء لا تتم الا بالتسليم (لهما) أي لزفر و الشافعي رحمهما الله تعالى (أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً) أي من حيث كونه ثمناً (لأنه يصير ملكه) أي ملك المشتري (عوض ملكه) لأنه ملك المبيع بالعقد المسمى ثمناً فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه و هو المبيع و ذلك لا يجوز فحينئذ (فلا يلتحق بأصل العقد و كذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن (١) اخراجه) عن ذلك (فصار براً مبتدأ) يعني ابتداء غير داخل في شيء. (و لنا أنهما) أي البائع و المشتري (بالحط و الزيادة يغيران العقد) بتراضيهما (من وصف مشروع) و هو أصل العقد (إلى وصف مشروع و هو كونه خاسراً) في الحط (أو رابحاً) في الزيادة (أو عدلاً) يعني لا خسارة و لا ربح و الزيادة في المبيع أو الثمن أو الحط يغيره إلى هذه الأوصاف و لا يرفع أصله كما شرع (و لهما) أي و للبائع و المشتري (ولاية الرفع) أي رفع العقد بالاقالة (فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير) من وصف إلى وصف لأن التصرف في وصف الشيء أهون من التصرف في أصله فالذي يملك التصرف في الأصل أولى بأن يملك التصرف في الوصف (و صار كما إذا اسقطا الخيار) أي أسقط العاقدان خيار الشرط لهما أو لأحدهما (أو شرطاه) أي أو شرطا الخيار يعني و صار كما إذا اتما العقد و شرطا الخيار (بعد العقد ثم إذا صح) أي الحط أو الزيادة (يلتحق بأصل العقد لأن وصف (٢) الشيء يقوم به لا بنفسه) أي لا يقوم بنفسه (بخلاف حط الكل) هذا جواب عما يقال لو كان حط البعض صحيحا لكان (٣) حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض فأجاب بقوله بخلاف حط الكل

---

(١)فلا يمكن اخراجه يعنى لما قوبل كل الثمن بهذا المجموع فلو أخرج بقى بعض المبيع بلا عوض و ذا لا يجوز و لا يمكن أن يجعل الباقى فى مقابلة الكل لانتفاء العقد الجديد كذا فى الكفاية ص١٤٣ ج٦. (٢)لأن وصف الشيء يقوم به. و فى السعدية: أقول الزيادة فى المكيلات و الموزونات و المعدودات ليست بوصف فكيف يصح الالتحاق فيما اذا كانت مبيعة. (٣)لكان حط الكل كذلك. أقول يعنى بطريق الالتحاق و إلا فحط الكل صحيح بطريق البر و الصلة بالاتفاق كذا فى السعدية.

لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به و على اعتبار الإلتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه و يظهر حكم الإلتحاق في التولية و المرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة و يباشر على الباقي في الحط و في الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط و إنما كان للشفع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة

حيث لا يصح (لأنه) أي لأن حط الكل (تبديل لأصله) أي تغيير لأصل العقد (لا تغيير لوصفه) لأن عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمناً فالشرط فيه قيام الثمن و ذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمناً و اما حط الجميع فتبديل للعقد لأنه اما أن يبقى بيعاً باطلا لعدم الثمن حينئذ و قد علمت أنهما لم يقصدا ذلك أو يصير هبة و قد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة (فلا يلتحق به) أي بأصل العقد لوجود المانع و لا يلزم من عدم الإلتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق (١) حط البعض بأصل العقد. (و على اعتبار الإلتحاق) هذا جواب عن تعليل زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى ان بالزيادة يصير ملكه عوض ملكه فأجاب بقوله و على اعتبار الإلتحاق يعنى إذا اعتبرنا الإلتحاق (لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه) أي عن ملك المشتري لأن الزيادة لما التحقت بأصل العقد صارت كالموجودة عند العقد فلا يلزم حينئذ ما قالا (و يظهر حكم الإلتحاق في التولية و المرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة و يباشر على الباقي في الحط) فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشتري و المشتري قال لآخر و ليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقاً بأصل العقد و كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار و كذلك في الزيادة. (و في الشفعة) أي يظهر حكمه أيضاً في الشفعة (حتي يأخذ) أي الشفيع (بما بقي في الحط) دون الزيادة لما فيه من ابطال حقه الثابت بالثمن الأول فلا يملكان إبطاله (و إنما كان للشفيع) هذا (٢) جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد و تقرير الجواب انما كان للشفيع (أن يأخذ بدون الزيادة) لأن حقه تعلق بالعقد الأول فإذا أخذ بالزيادة يبطل حقه الذي تعلق بالعقد و هو معنى قوله (لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت) له بالعقد الأول و ليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما و هو معنى قوله (فلا يملكانه) أي التصرف بالزيادة فيما يرجع إلى الشفيع لأنه اضرار به فلم يظهر الزيادة في حقه (ثم الزيادة) أي في الثمن

---

(١) فيلتحق حط البعض. أقول لا يكفي لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لا بد من المقتضى أيضا و لم يتبين فلا يستقيم التفريع كذا في السعدية. (٢) هذا جواب الخ. كذا في العناية ص ١٤٤ ج٦.

لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه و الشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً. قال و من باع بثمن حال ثم أجله اجلاً معلوماً صار مؤجلاً لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيراً على من عليه

(لا تصح بعد هلاك المبيع) لأن الزيادة تغير العقد من وصف يستدعي قيام العقد و قيامه بقيام المعقود عليه (على ظاهر الرواية). احتراز (١) عما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في غير رواية الأصول أن الزيادة تصح كالحط و أشار إلى وجه ظاهر الرواية بقوله (لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه) إذ الإعتياض انما يكون في موجود (و الشيء يثبت ثم يستند) و لم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند. و ذكر في الشامل في رواية النوادر و يجوز الزيادة بعد الهلاك كالحط(بخلاف الحط) حيث يصح بعد الهلاك (لانه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله) لكونه اسقاطاً و الإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال (فيلتحق بأصل العقد استناداً) أي من حيث الإستناد. و قال تاج الشريعة قوله بحال يمكن اخراج البدل إلى آخره فإن الهالك لا قيمة له باخراج البدل عما يقابله ملائم له و لا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع و نظيره ما ذكر في كتاب الطلاق إذا قال لامرأته انت طالق واحدة فماتت المرأة بعد قوله أنت طالق قبل قوله واحدة لا يقع الطلاق لأن العدد إذا قرن بالطلاق كان المعتبر هو العدد و حين قال واحدة ما يثبت المرأة محلاً للطلاق فيبطل و لو قال أنت طالق إن شاء الله فماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله لا يبطل الاستثناء و يعمل عمله بعد الموت كذلك فيما نحن فيه هلاك المبيع ملائم اخراج الثمن عن مقابلته و لا يلائم جعل الشيء بمقابلته فلهذا يصح الحط و لا تصح الزيادة. (قال) أي القدوري (و من باع بثمن حال ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً) و قال الشافعي (٢) و زفر رحمهما الله تعالى لا يصير مؤجلاً حتى يجوز له أن يطالبه في الحال لأن هذا وعد و كذا خلافه في كل دين حال إذا أجل فعندنا يصير مؤجلاً و به قال مالك رحمه الله تعالى إلا القرض فإن تأجيله لا يصح عندنا و عند مالك رحمه الله تعالى يصح على ما يجيء عن قريب. (لأن الثمن (٣) حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه) لأن التأجيل ابات براءة مؤقتة إلى حلول

(١)احتراز الخ. كذا في فتح القدير ص١٤٤ ج٦. (٢)قال الشافعي و زفر رحمهما الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير ص١٤٥ ج٦. (٣)لأن الثمن الخ. و هذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الأجل بالتاجيل فانه يقول لا شك أن له أن يؤخر انما الكلام في أنه يلزم التاخير شرعا اذا أخر كذا في فتح القدير.

الا يرى انه يملك إبراءه مطلقاً فكذا مؤقتاً و لو اجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز و إن كانت متقاربة كالحصاد و الدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة و قد ذكرناه من قبل قال و كل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا إلا القرض فإن تأجيله لا يصح لانه اعارة و صلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الإعارة و لا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي

الأجل و هو يملك البرأة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة المؤقتة أولى و هو معنى قوله (ألا يرى (١) انه يملك ابراءه مطلقا فكذا مؤقتاً) أي فكذا يملك ابراءه مؤقتا بل هو بطريق الأولى. (و لو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) و نزول المطر و قدوم الحاج و قدوم رجل من سفره (لا يجوز و إن كانت) أي الجهالة (متقاربة كالحصاد و الدياس) أي حصاد الزرع و دياسه و الجذاذ و النيروز و المهرجان و الميلاد (يجوز لانه بمنزلة الكفالة) فإن الأجل لم يشترط فى عقد المعاوضة فيصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع (و قد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيع الفاسد. (و كل دين حال إذا أجله صاحبه صار (٢) مؤجلاً لما ذكرنا) أنه حقه فله ان يؤخره (إلا (٣) القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه) أي لأن القرض (إعارة و صلة في الابتداء) فهو بهذا الإعتبار من التبرعات (حتى يصح بلفظ الإعارة) حتى لو قال اعرتك هذه المائة مثلاً فيكون قرضاً (و لا يملكه) أي و لا يملك القرض (من لا يملك التبرع كالوصي) فإنه لا يجوز له

---

(١)ألا يرى الخ. يستدل به مستقلا فى المطلوب كذا فى فتح القدير. (٢)صار مؤجلا. و فى البحر ص ٢٠٢ ج٦. و لا بد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطلب التاخير فيكون حالا كذا ذكره الاسبيجابي. و يصح تعليق التاجيل بالشرط فلو قال رب الدين لمن عليه ألف حالة إن دفعت إليّ غدا خمسمائة فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عنك إلى سنة فهو جائز كذا فى الذخيرة. (٣)إلا القرض. و فى البحر ص ٢٠٣ ج٦. و قد كتبنا فى الفوائد الفقهية أن المستثنى لا ينحصر فى القرض بل كذلك لايصح تأجيل الدين فى صوره: الأولى لو مات المديون و حل المال فأجل الدائن وارثه لم يصح لأن الدين فى الذمة و فائدة التاجيل أن يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال فاذامات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التاجيل كذا فى الخلاصة و ظاهره أنه فى كل دين و ذكره فى القنية فى القرض. الثانية أجل المشترى الشفيع فى الثمن لم يصح و هو مذكور فى القنية. و فى الخلاصة: بموت البائع لا يبطل الأجل و يبطل بموت المشترى. الثالثة تأجيل ثمن المبيع عند الاقالة لا يصح كما قدمناه عن القنية. و الحاصل أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه: باطل و هو تأجيل بدلى الصرف و السلم و صحيح غير لازم و هو القرض و الدين بعد الموت و تأجيل الشفيع و ثمن المبيع بعد الاقالة و لازم فيما عدا ذلك. انتهى. و فى المنحة على البحر: قوله (بل كذلك لا يصح تأجيل الدين فى صور الخ) قال فى النهر بعد ذكره لها: و ظاهر كلامهم يعطى أن فى هذه المسائل لا يصح التاجيل أصلا لا أنه يصح و لا يلزم كما هو ظاهر ما فى البحر اذ جعله ملحقا بالقرض ثم قال: و الحاصل أن تاجيل الديون على ثلاثة أوجه الخ. و قد علمت ما هو الواقع اه. قلت: الظاهر أن المراد=>

و الصبي و معاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الإبتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع. و على اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة و هو ربا وهذا بخلاف ما إذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلاناً إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه و لا يطالبوه

أن يقرض مال الصغير (و الصبي) فإنه لا يملك التصرف فضلاً عن القرض الذي هو التبرع (و معاوضة) أي القرض معاوضة (في الإنتهاء) لأن الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة) أي كما لا يلزم في الإعارة (إذ لا جبر في التبرع) لأن الأجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزماً على المتبرع و هو الكف عن المطالبة إلى مضي الأجل و هو ينافي موضوع التبرعات. قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل (١) و لو ثبت الجبر لتحقق السبيل و في شرح الأقطع لو شرط الأجل في ابتداء القرض بطل الشرط و صح القرض و كذلك إذا شرطاه في ثاني الحال و لو مات المقرض و اجل وارثه. قال الامام قاضي خان لا يصح كما لو أجل المقرض و قال صاحب المبسوط ينبغي أن يصح من الوارث على قول البعض و قال واحد من الفقهاء رأيت في المنتقي أن القرض إذا صار مستهلكاً يصح تأجيله و الصحيح انه لا يصح. و قال الإمام السرخسي التأجيل في بدل المستهلك صحيح سواء كان المستهلك دراهم أو دنانير أو غير ذلك و عند زفر لا يصح و الحيلة (٢) في تصحيح تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فحينئذ يصح كذا في فصول الاستروشني. (و على اعتبار الإنتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة و هو ربا) و المعول على النكتة الأولى لا على النكتة الثانية لأن على النكتة الثانية يلزم أن لا يصح القرض أصلاً و هو جائز بالإجماع و كأنه انتفع بالعين و ردها (و هذا) أي هذا الذى ذكرناه (بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه (٣) أن يقرضوه و لا يطالبوه

=> بالباطل هنا ما لا يجوز فعله و المضى و بالصحيح ما يجوز. (١)من سبيل، التوبة: ٩١. (٢)و الحيلة الخ. نحوه في فتح القدير ص١٤٥ ج٦. و في البحر ص٢٠٣ ج٦. و اذا لزم فان كان للمحيل على المحال عليه دين فلا اشكال و إلا أقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلا إليه أشار في المحيط. و في الظهيرية: القرض المجحود يجوز تأجيله. و في القنية من كتاب المداينات: قضى القاضي بلزوم الأجل في القرض بعدما ثبت عنده تأجيل القرض معتمدا على قول مالك و ابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى يصح و يلزم الأجل. (٣)من ثلثه أن يقرضوه. أقول العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه لئلا يلزم تقديم معمول ما في حيز أن عليه و تصحيح ما في الكتاب بجعل المذكور تفسيرا للمقدر قبل أن و الله اعلم كذا في السعدية.

قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة و السكنى فيلزم حقا للموصى.

باب الربا

قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة و السكنى) في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع و يلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه لفلان صح و لزم و إن كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل فى القرض. و هو معنى قوله (فيلزم حقاً للموصى) حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالإسترداد قبل السنة حقاً له.

(باب الربا)

أي هذا باب في بيان أحكام الربا و لما فرغ من بيان ابواب البيوع التى أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى و ابتغوا (١) من فضل الله مع أنواعها صحيحاً و فاسداً شرع فى بيان أبواب البيوع التى نهى الشارع عنها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا (٢) يقال ربا المال (٣) يربو ربواً إذا زاد و ارتفع و الإسم الربا مقصور و في الشرع فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال

---

(١)و ابتغوا من فضل الله الآية. الجمعة: ١٠. (٢)لا تأكلوا الربا الآية، آل عمران: ١٣٠. (٣)ربا المال الخ. و فى لسان العرب مادة ربا ص ٣٠٤ ج١٤. ربا الشىء يربو ربوا (بضمتين مع تشديد الواو) و رباء (بالكسر): زاد و نما و أربيته نميته (من باب تفعيل) و فى البحر ص٢٠٧ ج٦. الربا بكسر الراء و فتحها خطأ. و فى المصباح: الربا بالفضل و الزيادة و هو مقصور على الأشهر و يثنى ربوان بالواو على الأصل و قد يقال ربيان على التخفيف و ينسب اليه على لفظه فيقال ربوى قاله أبوعبيدٌ و غيره. و زاد المطرزىّ (فى المغرب ص٣١٨ ج١) فقال الفتح فى النسبة خطأ اه. و فى كشاف اصطلاحات الفنون ص٥٩٢ ج١. الربا بالكسر و القصر اسم من الربو بالفتح و السكون كما قال ابن الأثيرّ فلامه واو و لذا قيل فى النسبة ربوى و يكتب بالألف كالعصا و الياء كالدجىٰ و الواو كالصلوٰة كما فى التهذيب لكن الياء كوفية. و فى الكافى أنه قد يكتب بالواو و هذا أقبح من كتابة لفظ الصلوٰة لأنها فى الطرف متعرضة للوقف و أقبح منهم انهم زادوا بعد الواو الفا تشبيها بواو الجمع و خط القرآن لا يقاس عليه فالأول أوجه. و هو لغة الفضل و شرعا مشترك بين معان: الأول كل بيع فاسد و الثانى عقد فيه فضل و القبض فيه مفيد للملك الفاسد و الثالث فضل شرعى خال عن عوض شرط لأحد المتعاقدين فى عقد المعاوضة. و الفضل الشرعى هو فضل الحلول على الاجل و العين على الدين كما فى ربا النسا أو فضل احد المتجانسين على الآخر بمعيار شرعى أى الكيل و الوزن كما فى ربا النقدين و هذا للاحتراز عن بيع ثوب ببر نسئة و بيع كر بر و شعير بكرى بر و شعير و حفنته بحفنتين و ذراع من الثوب بذراعين نقدا فان الفضل فيهما لم يعتبر شرعا و قولنا خال عن عوض للاحتراز عن نحو بيع كرى بر بكر بر و فلس و قولنا شرط لاحد المتعاقدين للاحتراز عما اذا شرط لغيرهما و قولنا فى عقد المعاوضة للاحتراز عن الهبة بعوض زائد بعد العقد و يدخل فيه ما اذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن كالاستخدام و الركوب و الزراعة و اللبس و شرب اللبن و أكل الثمر فان الكل ربا حرام كذا فى جامع الرموز.

قال الربا محرم (١) في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة

و إذا نسب إليه يقال ربوى بكسر الراء و الفتح خطأ و في المبسوط (٢) الربا فضل خال عن العوض المشروط في البيع. و قال علماؤنا هو نوع بيع فيه فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد و على هذا (٣) سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا و في جمع العلوم الربا شرعاً عبارة عن عقد فاسد و إن لم يكن زيادة لان بيع الدرهم بالدرهم نسيئة ربا و ان لم يتحقق فيه زيادة و عند الشافعي رحمه الله تعالى البيع هو التصرف المشروع بحده و الربا إسم جعل علماً على تصرف يفيد العقد لا على الحد المشروع إنتهى. و ليس المراد مطلق الفضل بالإجماع فان فتح الأسواق في سائر بلاد المسلمين للإستفضال و الإسترباح و إنما المراد فضل مخصوص و هو فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من العوض. (قال) أي القدوري (الربا في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً) أي حكم الربا و هو ثبوت الحرمة حاصل في كل مكيل اذا بيع بجنسه أو كل موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا يعنى إذا باع مكيلاً أي مكيل كان بجنسه يحرم الفضل و كذلك إذا باع الموزون أي موزون كان بجنسه يحرم الفضل (فالعلة) (٤)

(١)الربا محرم فى كل مكيل -ن- الربا فى كل مكيل. (٢)المبسوط للسرخسي ص ١٠٩ ج ١٢. (٣)و على هذا الخ. أقول هذا التعميم غير ظاهر لأن من البيوع الفاسدة ما سكت فيه عن الثمن و بيع عرض بخمر أو بأم ولد فتجب القيمة و يملك بالقبض و كذا بيع جذع فى سقف و ذراع من ثوب يضره التبعيض و بيع ثوب من ثوبين و البيع إلى النيروز و نحو ذلك مما سبب الفساد فيه الجهالة أو الضرر أو نحو ذلك نعم يظهر ذلك فى البيع الفاسد بسبب شرط فيه نفع لأحد العاقدين مما لا يقتضيه العقد و لا يلائمه و يؤيد ذلك ما ذكره الزيلعي قبيل باب الصرف فى بحث ما يبطل بالشرط الفاسد حيث قال: و الأصل فيه أن كل ما كان مبادلة ما ل بمال يبطل بالشروط الفاسدة لا ما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات و التبرعات لأن الربا هو الفضل الخالى عن العوض و حقيقة الشروط الفاسدة هى زيادة ما لا يقتضيه العقد و لا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض و هو الربا بعينه اه ملخصا كذا فى المنحة على هامش البحر ص ٢٠٨ ج٦. (٤)فالعلة الخ. و فى البحر ص ٢١١ ج٦. و العلة فى اللغة المرض الشاغل و الجمع العلل و أعله الله فهو معلول واعتل اذا مرض و اعتل اذا تمسك بحجة و أعله بكلمة جعله ذا علة و منه إعلالات الفقهاء و اعتلالهم كذا فى المعراج. و أما فى الأصول فقالوا: إنها فى اللغة هى المغير و منه سمي المرض علة لأنه بحلوله يتغير حال المحل عن وصف القوة إلى وصف الضعف و لذا سمى الجرح علة لأنه بحلوله بالمجروح يتغير حكم الحال. و فى الاصطلاح ما يضاف اليه ثبوت الحكم بلا واسطة فخرج الشرط لأنه لا يضاف إليه ثبوته و السبب و العلاقة و علة العلة لأنها بالواسطة و هذا التعريف شامل للعلل الموضوعة كالبيع و النكاح اه. و للمستنبطة كالعلل المؤثرة فى القياسات. و الجنس فى اللغة الضرب من كل شيء و الجمع أجناس و هو أعم من النوع فالحيوان جنس و الانسان نوع و حكى عن الخليل هذا يجانس هذا أى يشاكله و نص عليه فى التهذيب أيضا. و عن بعضهم =>

عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال و يقال القدر مع الجنس و هو اشمل و الاصل فيه الحديث المشهور و هو قوله عليه الصلاة و السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يداً بيد و الفضل ربا

أي علة الربا (عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) هذا لفظ القدوري (قال) أي المصنف (و يقال القدر مع الجنس و هو أشمل) (١) لأنه يتناولهما و ليس كل واحد بانفراده يتناول آخر (و الأصل فيه) أي في باب حكم الربا (الحديث المشهور) و هو الذي تلقته الأمة بالقبول و لشهرته ظن بعض العلماء رحمهم الله تعالى أنه متواتر و ليس كذلك لأنه لا يصدق عليه حد التواتر و لكنه مشهور تجوز الزيادة به على الكتاب و قال الجصاص هذا الحديث يقرب من المتواتر لكثرة رواته (و هو قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد و الفضل ربا) روى هذا الحديث عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم. و قال الكاكي و مداره على أربعة نفر من الصحابة عمر و عبادة بن الصامت و أبى سعيد الخدري و معاوية بن ابى سفيان رضى الله تعالى عنهم و لم يقل شيئاً غير ذلك قلت روى أيضاً عن بلال و أبى هريرة و معمر بن عبدالله و أبى بكر و عثمان و هشام بن عامر و البراء و زيد بن أرقم و خالد بن أبى عبيد و أبى بكرة و ابن عمر و أبى الدرداء رضي الله تعالى عنهم فهؤلاء اثنا عشر نفرا غير الاربعة الذين ذكرهم الكاكي فالجميع ستة عشر نفراً من الصحابة رضى الله تعالى عنهم. أما حديث (٢) عمر رضى الله تعالى عنه

=> فلان لا يجانس الناس اذا لم يكن له تمييز و لا عقل. و الأصمعى ينكر هذين الاستعمالين و يقول: هو كلام المولدين و ليس بعربى كذا فى المصباح. و فى فتح القدير (ص١٥٦ ج٦) و اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص و اختلاف المقصود فالحنطة و الشعير جنسان عندنا لأن إفراد كل منهما فى الحديث يدل على ذلك و الثوب الهروى و المروى و هو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة و قوام الثوب بها و كذا المروى المنسوج ببغداد و خراسان و اللبد الارمنى و الطالقانى جنسان و التمر كله جنس واحد و الحديد و الرصاص والشبه أجناس و كذا غزل الصوف و الشعر و لحم البقر و الضان و المعز و الألية و اللحم و شحم البطن أجناس و دهن البنفسج و الخيرى جنسان و الأدهان المختلفة أصولها أجناس و لا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة اهـ. و فى المعراج الجنس عبارة عن مشاكلة المعانى اهـ. (١)و هو أشمل. و فى فتح القدير ص١٤٧ ج٦. لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل العد و الذرع و ليسا من أمول الربا اهـ. و فى السعدية: و يمكن أن يقال الالف و اللام فى القدر للعهد و المراد الكيل و الوزن. (٢)حديث عمر رضى الله تعالى عنه رواه البخارى فى البيوع باب بيع الشعير بالشعير ص٢٩٠ ج١ و مسلم فيه باب الربا ص٢٤ ج٢ و أبوداود فيه باب فى الصرف ص١١٩ ج٢ و الترمذى فيه باب ما جآء فى الصرف ص١٤٩ ج١ و النسائى فيه بيع التمر بالتمر متفاضلا ص٢٢٠ ج٢ و ابن ماجة فى التجارات باب الصرف الخ ص١٦٤.

....

فرواه الأئمة الستة رحمهم الله تعالى من رواية مالك بن أوس أن رسول الله ﷺ قال الذهب بالورق ربا الا ها و ها و البر بالبر ربا الا ها و ها و الشعير بالشعير ربا إلا ها وها و التمر بالتمر ربا إلا ها وها. و أما حديث (١) عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه فأخرجه الجماعة غير البخارى و اللفظ للترمذى عن أبي الأشعث عن عبادة بن الصامت رضى الله عالى عنه عن النبى ﷺ قال الذهب بالذهب مثلاً بمثل و الفضة بالفضة مثلاً بمثل و التمر بالتمر مثلا بمثل و البر بالر مثلا بمثل و الملح بالملح مثلا بمثل و الشعير بالشعير مثلا بمثل فمن زاد أو ازداد فقد أربى بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد و بيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد و بيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدا بيد أما حديث (٢) أبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه فأخرجه مسلم و النسائى رحمهما الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الذهب بالذهب و الفضة بالفضة و البر بالبر و الشعير بالشعير و التمر بالتمر و الملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ و المعطى فيه سواء. و أما حديث معاوية رضى الله تعالى عنه صريحاً فلم أقف عليه و إنما ذكر في حديث (٣) أبى الدرداء رضى الله تعالى عنه أخرجه النسائى حدثنا قتيبة عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية رضى الله تعالى عنه باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء رضى الله تعالى عنه سمعت رسول الله ﷺ ينهي عن مثل هذا إلا مثلا بمثل. و أما حديث (٤) بلال رضى الله تعالى عنه فعند الطحاوى و الطبرانى رحمهما الله تعالى و فيه قال قال رسول الله ﷺ التمر بالتمر مثلاً بمثل و الحنطة بالحنطة مثلا بمثل و الذهب بالذهب وزناً بوزن و الفضة بالفضة وزناً بوزن فإذا اختلف النوعان فلا بأس واحد بعشرة. و أما حديث (٥) أبى هريرة رضى الله تعالى عنه

(١)حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه أخرجه مسلم فى البيوع باب الربا ص٢٥ ج٢ و أبوداود فيه باب في الصرف ص١١٩ ج٢ و الترمذى فيه باب ما جآء أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الخ ص١٤٩ ج١ و النسائى فيه بيع الشعير بالشعير ص٢٢٠ ج٢ و ابن ماجة فى التجارات باب الصرف الخ ص١٦٤. (٢)حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أخرجه مسلم فى البيوع باب الربا ص٢٥ ج٢ و النسائى فيه بيع الشعير الشعير ص ٢٢١ ج٢. (٣)حديث أبى الدرداء رضى الله تعالى عنه أخرجه النسائى فى البيوع بيع الذهب بالذهب ص ٢٢١ ج٢. (٤)حديث بلال رضى الله تعالى عنه رواه البزار فى مسنده كذا فى نصب الراية ص٣٦ ج٤ و روى الطحاوى فى شرح معانى الآثار فى كتاب الصرف ص٢١٦ ج٢ عن مسروق عن بلال رضى الله تعالى عنه قال كان عندى من تمر للنبى ﷺ فوجدت أطيب منه صاعا بصاعين فاشتريته فأتيت به الى النبى ﷺ فقال من اين لك هذا يا بلال فقلت اشتريته صاعا بصاعين فقال ردّه و ردّ علينا تمرنا. (٥)حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه رواه مسلم فى البيوع باب الربا ص٢٥ ج٢.

....

فعند مسلمٌ عن أبى زرعةٌ عنه قال قال رسول الله ﷺ التمر بالتمر و الحنطة بالحنطة الحديث. و أما حديث (١) معمر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه فعند مسلمٌ فى افراده و فيه كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل.. الحديث. و أما حديث (٢) أبى بكر رضى الله تعالى عنه فعند البزارٌ فى مسنده عن أبى رافعٌ قال سمعت أبابكر الصديق رضى الله تعالى عنه يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول الذهب بالذهب و الفضة بالفضة مثلا بمثل الزائد و المستزيد فى النار. و أما حديث (٣) عثمان رضى الله تعالى عنه فعند مسلم و الطحاوى رحمهما الله تعالى عن سليمان بن يسار أنه سمع مالك بن أبى عامر يحدث عن عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال لا تبيعوا الدينار بالدينارين و لا الدرهم بالدرهمين. و أما حديث هشام بن عامر رضى الله تعالى عنه فعند الطبرانيٌ باسناده عنه و فيه نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق نسيئة. و أما حديث (٤) البراء و زيد بن أقم رضى الله تعالى عنهما فعند البخارى و مسلم رحمهما الله تعالى و فيه كلاهما يقول نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق و الورق بالذهب ديناً. و أما حديث (٥) فضالة بن عبيد رضى الله تعالى عنه فعند أبى داود و الطحاوى رحمهما الله تعالى قال كنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر.. الحديث و فيه لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا وزناً بوزن. و أما حديث (٦) أبي بكرة رضى الله تعالى عنه فعند النسائى و الطحاوى رحمهما الله تعالى قال نهانا رسول الله ﷺ أن نبيع الفضة بالفضة إلا عيناً بعين سواء بسواء و لا نبيع الذهب بالذهب إلا عيناً بعين سواء بسواء. و أما حديث (٧) ابن عمر رضى الله تعالى عنه فعند الطحاوى و الحاكم رحمهما الله تعالى

(١)حديث معمر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه رواه مسلمٌ فى البيوع باب الربا ص٢٦ ج٢ و الطحاوىٌ فى كتاب البيوع باب بيع الشعير بالحنطة متفاضلا ص١٨٣ ج٢. (٢)حديث أبى بكر رضى الله تعالى عنه الخ. روى الطحاوىٌ فى كتاب الصرف ص٢١٦ ج٢ عن أبى قيس مولى عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه قال كتب أبوبكر الصديق رضى الله تعالى عنه إلى أمراء الأجناد حين قدم الشام أما بعد فانكم قد هبطتم أرض الربا فلا تتبايعون الذهب بالذهب إلا وزنا بوزن و لا الورق بالورق إلا وزنا بوزن و لا الطعام بالطعام إلا كيلا بكيل قال أبو قيس قرأت كتابه. (٣)حديث عثمان رضى الله تعالى عنه رواه مسلمٌ فى البيوع باب الربا ص٢٤ ج٢ و الطحاوىٌ فى كتاب الصرف ص٢١٤ ج٢. (٤)حديث البراء و زيد بن أرقم رضى الله تعالى عنهما أخرجه البخارىٌ فى البيوع باب بيع الورق بالذهب نسيئة ص٢٩١ ج١ و مسلمٌ فيه باب الربا ص٢٥ ج٢. (٥)حديث فضالة بن عبيد رضى الله تعالى عنه رواه أبوداودٌ فى البيوع باب فى حلية السيف تباع بالدراهم ص١٢٠ ج٢ و الطحاوىٌ فى شرح معانى الآثار باب القلادة تباع بذهب و فيها خرز و ذهب ص٢١٩ ج٢. (٦)حديث أبى بكرة رضى الله تعالى عنه رواه النسائىٌ فى البيوع بيع الفضة بالذهب و بيع الذهب بالفضة الخ ص٢٢٢ ج٢ و الطحاوىٌ فى كتاب الصرف ص٢١٦ ج٢. (٧)حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه رواه الطحاوىٌ فى كتاب الصرف ص٢١٤ ج٢.

وعد الاشياء الستة الحنطة و الشعير و التمر و الملح والذهب و الفضة على هذا المثال و يروى بروايتين بالرفع مثل و بالنصب مثلا و معنى الأول بيع التمر و معنى الثاني بيعوا التمر و الحكم معلول باجماع القائسين

في مستدركه و فيه أن ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال الدينار بالدينار و الدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا ﷺ إلينا و عهدنا إليكم. و أما حديث أبى الدرداء رضى الله تعالى عنه فقد مضى عن قريب. ثم قال المصنفؒ (وعد الأشياء الستة) أي عد النبى ﷺ فيما فيه ربا ستة أشياء (الحنطة و الشعير و التمر و الملح و الذهب و الفضة على هذا المثال) أي مثلا بمثل يداً بيد في جميع ذلك (و يروى) يعني يروى قوله مثلا بمثل (بروايتين بالرفع مثل و بالنصب مثلا و معنى الأول) أي الرفع (بيع التمر) أي بيع التمر بالتمر مثل بمثل فعلى هذا يكون ارتفاع مثل على أنه خبر للمبتدأ و هو قوله بيع التمر فإنه مرفوع بالابتداء. (و معنى الثاني) أي النصب (بيعوا (١) التمر) فالمعنى على هذا بيعوا التمر بالتمر حال كونه مثلاً بمثل فقوله التمر منصوب على المفعولية و مثلاً نصب على الحال و التقدير حال كونهما متماثلين و أما وجه الرفع و النصب في قوله يداً بيد فما تعرض إليه المصنفؒ و لا غالب الشراح غير أن الاترازيؒ قال قوله يداً بيد مثلا بمثل حال أي قابضاً يداً بيد قلت فيه ما فيه لان على تقديره يكون انتصاب يداً على المفعولية لا على الحال و لا يكون الحال إلا قوله قابضاً و الكلام في أن نفس يداً هو حال فكأنه لما علم أن من شرط الحال أن يكون من المشتقات و لفظ يد غير مشتق فقدر بهذا التقدير فوقع فيما هرب عنه. و القاعدة في وقوع الحال في غير المشتقات أن يؤول بالمشتق فأول قوله يداً بيد على معنى متناجزين (و الحكم) و هو حرمة الفضل (معلول (٢) بإجماع القائسين) و هم الائمة الأربعة و أصحابهم رحمهم الله تعالى

(١)بيعوا التمر. أقول كان الظاهر بيعوا الحنطة كذا في السعدية. فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع و هو مباح. أجيب بأن الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت و انت شهيد و ليس المراد الأمر بالموت و لكن بالكون على صفة الشهداء اذا مات و كذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة كذا في العناية ص١٤٧ ج٦. (٢)معلول الخ. قال الفقيه المحدث العثمانيؒ في إعلاء السنن ص ٢٧٤ ج١٤.

تحقيق علة الربا و مذاهب العلماء فيها.

و قال الموفق في المغنى: و قد روى عن النبى ﷺ في الربا أحاديث كثيرة و من أتمها ما روى عبادة فذكره و قال: فهذه الأعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص و الإجماع و اختلف أهل العلم فيما سواها فحكى عن طاوس و قتادة أنهما قصرا الربا عليها و قال: لا يجرى في غيرها و به قال داود (الظاهرى) و نفاة القياس و قالوا: ما عداها على أصل الإباحة لقول الله تعالى: ﴿و أحل الله البيع﴾ و اتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلة و أنه يثبت في كل ما وجدت فيه علتها لأن القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم و إثباته ==>

....

....

=> فى كل موضع وجدت علته فيه و قول الله تعالى ﴿و حرم الربا﴾ يقتضى تحريم كل زيادة إذ الربا فى اللغة: الزيادة إلا ما أجمعنا على تخصيصه و هذا يعارض ما ذكروه. ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجرى إلا فى الجنس الواحد إلا سعيد بن جبير فإنه قال: كل شيئين يتقارب الانتفاع بها لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة بالشعير و التمر بالزبيب و الذرة بالدخن لأنهما يتقارب نفعهما فجريا مجرى نوعى جنس واحد و هذا يخالف قول النبى ﷺ: بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد و بيعوا البر بالتمر كيف شئتم، فلا يعول عليه ثم يبطل بالذهب بالفضة فإنه يجوز التفاضل فيهما مع تقاربهما. و اتفق المعللون على أن علة الذهب و الفضة واحدة و علة الأعيان الأربعة واحدة ثم اختلفوا فى علة كل واحد منهما فروى عن أحمد رحمه الله تعالى فى ذلك ثلاث روايات أشهرهن أن علة الربا فى الذهب و الفضة كونه موزون جنس و علة الأعيان الأربعة مكيل جنس. (قلت: إن الكيل و الوزن اختلاف عبارة فى القدر كالصاع و القفيز فى الكيل فالحق أن العلة فى الكل واحدة و ذلك الجنس و القدر و به قالت الحنفية كما فى المبسوط ١٢: ١٢٠) نقلها عن أحمد رحمه الله تعالى الجماعة و ذكرها الخرقي و ابن أبى موسى و أكثر الأصحاب و هو قول النخعي و الزهرى و الثورى و إسحاق و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى لما روى ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: لا تبيعوا الدينار بالدينارين و لا الدرهم بالدرهمين و لا الصاع بالصاعين، الحديث، رواه الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى مسنده (و هو حديث حسن) و عن أنس رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قال ما وزن مثلا بمثل إذا كان نوعا واحدا وما كيل مثلا بمثل إذا كان نوعا واحدا، رواه الدارقطنيّ (و سنده حسن أيضاً) و عن عمار رضى الله تعالى عنه أنه قال: العبد خير من العبدين و الثوب خير من الثوبين فما كان يدا بيد فلا بأس به إنما الربا فى النسأ إلا ما كيل أو وزن (أخرجه ابن حزم و لم يعله بشىء) و لأن قضية البيع المساواة و المؤثر فى تحقيقهما الكيل و الوزن و الجنس فإن الوزن أو الكيل يسوى بينهما صورة و الجنس يسوى بينهما معنى فكأنه علة و وجدنا الزيادة فى الكيل محرمة دون الزيادة فى الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فإنه جائز إذا تساويا فى الكيل (٤: ١٢٥) و قال الشافعي رحمه الله تعالى إن العلة فى الأثمان جوهرية الثمنية و فيما عداها العلة الطعم و الجنس شرط و علته فى الأثمان قاصرة فتختص بالذهب و الفضة دون ما سواهما و هذا فى قوله الجديد و فى القديم العلة فيما عدا الذهب و الفضة كونه مطعوم جنس مكيلا أو موزونا فلا يجرى الربا فى مطعوم لا يكال و لا يوزن كالتفاح و الرمان و غيرهما من العدديات و لا فيما ليس بمطعوم كالحديد و الرصاص و نحوه و قال مالك مثل قول الشافعي رحمهما الله تعالى إلا أنه زاد على الطعم إما صفة واحدة و هو الادخار كما فى الموطأ، و إما صفتين و هو الادخار و الاقتيات على ما اختاره البغداديون.

تحقيق أن علة الحنفية أولى العلل و مذهبهم فى مسائل الربا أقوى المذاهب و أحوطها:

قال القاضي أبو الوليد بن رشد فى بداية المجتهد بعد ذكر المذاهب بنحو ما ذكرناه: و أما الحنفية فعمدتهم فى اعتبار المكيل و الموزون أنه ﷺ لما علّق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر و علق التحريم باتفاق الصنف و اختلاف القدر فى قوله ﷺ لعامله بخيبر من حديث أبى سعيد رضى الله تعالى عنه وغيره: إلا كيلا بكيل يدا بيد، رأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر فى الحكم كتأثير الصنف و ربما احتجوا بأحاديث ليست =>

....

....

=> مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل و الوزن و هي: كذلك ما يكال و يوزن، (أخرجه الحاكم و صححه و قد مر الكلام فيه مستوفى) و في بعضها: و كذلك المكيال والميزان، (رواه البخاريّ في حديث أبي سعيد و أبي هريرة رضي الله تعالى عنهما بلفظ: و قال في الميزان مثل ذلك، و محمد بن الحسن الإمام بلفظ: و كذلك ما يكال ويوزن، كما تقدم) و هذا نص لوصحت الأحاديث (قلت: و قد صحت و الحمد لله كما ذكرناه في المتن) قال: و لكن إذا تؤمل الأمر من حيث المعنى ظهر و الله أعلم. أن علتهم أولى العلل و ذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه (بدليل قوله تعالى في آية الربا: ﴿فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون و لا تظلمون﴾ جعل الربا ظلما) و أن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوى و لذلك لما عسر إدراك التساوى في الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار و الدرهم لتقويمها أعنى تقديرها و لما كانت الأشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة و المكيلة العدل فيها إنما هو في وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب فإن كان ذلك الفرس من قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فإذا اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد (و القدر) واجب في المعاملة العدلة (فلا يحرم التفاضل عند اختلاف الأجناس البتة). و أما الأشياء المكيلة و الموزونة فلما كانت ليست تختلف كل اختلاف و كانت منافعها متقاربة و لم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة الصرف كان العدل في هذه إنما هو لوجود التساوى في الكيل أو الوزن إذا كانت لا تتفاوت في المنافع و أيضاً: فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب أن لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة و التعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة فإذا منع التفاضل في هذه الأشياء أعنى المكيلة و الموزونة (المتحدة الجنس) علتان: إحداهما وجود العدل فيها، و الثاني منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب الصرف و أما الدينار و الدرهم فعلة المنع فيها أظهر إذا كانت هذه ليس المقصود منها الربح و إنما المقصود بها تقدير الأشياء التى لها منافع ضرورية اه (٢: ٧٩-٨٠). و أيضاً: فإن علة الثمنية و الطعم قاصرة أما الثمنية فلقولهم باختصاصها بالذهب و الفضة دون غيرهما و علة لا تتعدى ليست بعلة كما تقرر في الأصول و أما الطعم فلقولهم: بجواز بيع الحيوان بالحيوان متفاضلا مع كونه مطعوماً فإن قالوا: إنه لا يؤكل إلا بعد الذبح قلنا: و كذلك اللحم لا يؤكل إلا بعد الطبخ و كذلك الحنطة و الدقيق لا يؤكل إلا بعد الخبز و قد قلتم بجريان الربا فيها و أيضاً: فإن الشارع صلوات الله و سلامه عليه قد نص على الأشياء الستة سواء، و عطف بعضها على بعض فينبغى أن تكون العلة في الكل واحدة و ذلك الجنس و القدر ثم الكيل و الوزن اختلاف عبارة في القدر كالصاع و القفيز و نحوه فأما إذا كانت العلة في النقود الثمنية و في سائر الأشياء الأربعة الطعم لم يستقم عطف بعضها على بعض، إذ لا موافقة بين الثمنية و الطعم كذا في المبسوط (١٢: ١٢٠). و فيه أيضاً و إذا ثبت أن الحكم وجوب المماثلة و لا يتصور ثبوت الحكم بدون محله عرفنا أن المحل الذي لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا أصلا و الحفنة و التفاحة لا تقبل المماثلة بالاتفاق فلم يكن مال الربا و الدليل عليه أن صاحب الشرع ﷺ ما نص على حكم الربا إلا مقرونا بالمخلص فكل علة توجب الحكم في محل لا يقبل المخلص أصلا فهى علة باطلة و الطعم بهذه الصفة فإنها توجب الحكم في الرمان و السفرجل =>

....

....

=> و لا يتصور فيه المخلص (لخروجه من الكيل و الوزن و هو المخلص) و كذلك قوله ﷺ: لا تبيعوا البر بالبر إلا سواء بسواء مثلا بمثل، كلام مقيد بالاستثناء (و هو المماثلة و المساواة) و المستثنى من جنس المستثنى منه (فثبت أنه لم يرد بالبر إلا ما يتأتى فيه المماثلة و المساواة بالكيل) فإن قال: هو استثناء مقطوع بمعنى لكن أى جعلتموه سواء بسواء فبيعوا أحدهما بالآخر قلنا: هذا مجاز و لا يترك الحقيقة إلا عند قيام الدليل و ربما يقول بعضهم: إن الحفنة مقدرة إلا أنه لا يمكن معرفة مقدارها إلا بضم أمثالها إليها و لا تخرج به من أن تكون مقدرة كالصبرة و هذا فاسد فإن المقدر ما يمكن معرفة مقداره فإذا ضم إلى الحفنة أمثالها و كيلت يصير مقدار القفيز معلوما لا مقدار الحفنة بخلاف الصبرة فإنها إذا فرقت أجزاءها و كيلت يصير مقدار الصبرة معلوما (٢: ١١٧-١٢٠).

قال الموفق فى المغنى قوله: ما كيل أو وزن، أى ما كان جنسه مكيلا أو موزونا و إن لم يتأت فيه كيل و لا وزن إما لقلته كالحبة و الحبتين و الحفنة و الحفنتين و ما دون الأرزة من الذهب و الفضة أو لكثرته كالزبرة العظيمة فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثل بمثل و يحرم التفاضل فيه و بهذا قال الثورى و الشافعي و إسحاق و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و رخص أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى بيع الحفنة بالحفنتين و الحبة بالحبتين و سائر المكيل الذى لا يتاتى كيله و احتج بأن العلة الكيل و لم يوجد فى اليسير اه (٤: ١٢٨) قلت: أما الزبرة العظيمة فهو مكيل إجماعاً فإن الكيل يتأتى فيه بالتفريق و هو ظاهر و أما احتجاجهم بقوله ﷺ البر بالبر و الشعير بالشعير مثلا بمثل، فقد مر فى كلام المبسوط أن المراد به البر المكيل بالبر المكيل دون جنس البر فافهم.

الجواب عن حجة الخصم لكون الطعم علة الربا:

و احتجوا لكون الطعم علة بما رواه مسلمٌ بسنده عن معمر بن عبدالله العدوى رضى الله تعالى عنه قال: كنت أسمع النبى ﷺ يقول: الطعام (١) بالطعام مثلا بمثل، الحديث، و قالوا: إن الاسم المشتق من فعل إذا علق به الحكم يصير ذلك الفعل علة له و الطعام اسم مشتق من الطعم معنى فكان علة كما فى قوله تعالى: ﴿الزانية و الزانى و السارق و السارقة﴾ و أجيب أن ذلك إنما هو إذا كان الفعل صالحا لأن يكون علة كالزنا و السرقة و ههنا ليس كذلك فإن الثمنية و الطعم ينبئان عن شدة الحاجة فلا يصلحان أن يكونا علة للحرمة كذا فى المبسوط (١٢: ١٢٠) و أيضاً: فإن الشارع لم يقتصر على قوله: الطعام بالطعام، ليجعل الحظر فيه أصلاً بل قرن به قوله: مثلا بمثل، فلا يدل على كون الطعم أصلا فى الحرمة و لم قلتم بأن للطعم أثرا فى الحظر؟ و كونه متعلق البقاء لا يكون أثره فى الحظر أولى من الإطلاق فإن الأصل فيه هو التوسيع دون التضييق على عرف ما اه (بدائع ٥: ١٨٥). و أيضاً: فإنما فيه الطعام بالطعام مثلا بمثل، و ليس فيه المنع عنه مثلا بأكثر و لا إباحته إنما هو مسكوت عنه فوجب طلبه من غير هذا الخبر كيف؟ و قد قلتم: بجواز بيع الحنطة بالشعير متفاضلا و أيضاً: فلو كان اقتصاره ﷺ على ذكر الطعام فى هذا الحديث موجبا لحصر الربا فى الطعام فاجعلوا و لا بد اقتصاره عليه الصلاة و السلام على ذكر الأشياء الستة مانعا من وقوع الربا فيما عداها لا سيما و الطعام لا تطلق فى لغة العرب إلا على البر وحده كما روينا من طريق =>

....

(١) قال ابن حزم فى المحلى: و صرفه بعض المتأخرين ممن لا علم له بالحديث فأطلقه إطلاقا بلا إسناد فقال: قال رسول الله ﷺ: لا يباع الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل قال: و هذا كذب بحت و ماجاء هكذا قط و لا يوجد أبداً من طريق غير موضوعة (٨: ٤٧٣).

لكن العلة عندنا ما ذكرناه و عند الشافعي رحمه الله تعالى الطعم في المطعومات

و احترز به عن أهل الظاهر فانهم ينفون القياس و يقولون لا يكون الربا إلا في الأشياء الستة التي ذكرها رسول الله ﷺ و خصها بالذكر و هو أيضاً منقول عن طاووس و قتادة و عثمان البتي و أبي سليمان رحمهم الله تعالى قلنا إنما ذكر هذه الأشياء ليكون دلالة على ما فيه الربا مما سواها مما يشبهها في العلة فحيثما وجدت تلك العلة يوجد الربا. (لكن العلة عندنا ما ذكرناه) و هو قوله القدر مع الجنس و عدوا هذا الحكم إلى مكيل أو موزون قوبل بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص و النورة و نحوهما لوجود الكيل و أثبتوه في الحديد و النحاس و الرصاص و نحو ذلك لوجود الوزن. (و عند (١) الشافعي رحمه الله تعالى الطعم) أي العلة في الربا الطعم (في المطعومات

==> أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه: كنا نخرج على عهد رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر، الحديث، فلم يوقع اسم الطعام إلا على البر وحده و أيضاً: فلا يطلق عربي و لا مستعرب على السقمونيا اسم طعام قط لا بإطلاق و لا بإضافة (فمن أين قلتم بجريان الربا في بيع بعضه ببعض متفاضلا) فإن قالوا: قد تؤكل في الأدوية قلنا: و الصندل قد يؤكل في الأدوية و كذلك السبد و اللؤلؤ (و الفضة و الذهب) و حجر اليهود كذلك فأوقعوها في الطعام و أدخلوا الربا فيها لأنها قد تؤكل أيضاً من المحلى ملخصا (٨: ٤٧٤). و احتجوا ايضا بما رواه ابن حزم من طريق عطاء بن يسار و ابي سلمة بن عبد الرحمن كلاهما عن ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال قسم رسول الله ﷺ طعاما مختلفا فتبايعناه بيننا بزيادة فنهانا رسول الله ﷺ ان نأخذه الا كيلا بكيل (٨: ٤٧٤) و الجواب أن الاختلاف فيه محمول على اختلاف الوصف في جنس واحد بدليل ما رواه ابن ابي شيبة عن عطاء بن يسار عنه بلفظ: قسم فينا رسول الله ﷺ طعاما من التمر مختلفا بعضه أفضل من بعض فذهبنا نتزايد فيه فنهانا رسول الله ﷺ إلا كيلا بكيل كما في المحلى أيضاً، و سنده حسن (٨: ٤٧٥) و احتجوا أيضاً بما رواه من طريق أحمد بن شعيب بسنده عن جابر رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ لا تباع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام و لا الصبرة من الطعام بالكيل المسمي من الطعام. و الجواب أن الحديث رواه مسلم في صحيحه عن جابر رضي الله تعالى عنه بلفظ: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلتها بالكيل المسمي من التمر، كما في المحلى (٨: ٤٧٦) فهذا هو المتصل الصحيح بخلاف الأول فإن أحد رواته حجاج بن محمد لم يذكر سماعه من ابن جريج بل قال: قال: ابن جريج فظاهره الانقطاع، و المتصل أولى من المنقطع قال ابن حزم أيضاً فبطل تعلقهم به جملة و الله تعالى أعلم. (١) و عند الشافعي رحمه الله تعالى الخ. قال العلامة النووي الشافعي في شرح المهذب ص ٤٠٠ ج٩. (فرع) في مذاهب العلماء في بيان علة الربا في الأجناس الاربعة و هي البر و الشعير و التمر و الملح ولهم فيها عشرة مذاهب (أحدها) مذهب أهل الظاهر و من موافقهم انه لا ربا في غير الاجناس الستة كما سبق (الثاني) مذهب ابي بكر عبد الرحمن بن كيسان الأصم رحمه الله تعالى ان العلة فيها كونها منتفعا به حكاه عنه القاضي حسين (و الثالث) مذهب ابن سيرين و ابي بكر الأودني من اصحابنا رحمهما الله تعالى ان العلة الجنسية تحرم الربا في كل شيء بيع بجنسه كالتراب بالتراب متفاضلا و الثوب بالثوبين و الشاة بالشاتين (الرابع) مذهب الحسن البصري رحمه الله تعالى ان العلة المنفعة في الجنس فيجوز عنده بيع ثوب قيمته دينار بثوبين قيمتهما دينار و يحرم بيع ثوب قيمته دينار بثوب قيمته ديناران (الخامس) مذهب سعيد بن جبير رحمه الله تعالى أن العلة تقارب المنفعة في الجنس فحرم التفاضل في الحنطة بالشعير أن العلة تقارب المنفعة في الجنس ==>

و الثمنية في الأثمان و الجنسية شرط و المساواة مخلص و الأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين التقابض

و الثمنية) (١) أي كونها ثمناً (في الاثمان) و عدى هذا الحكم إلى كل ما صار ثمناً بالاصطلاح كالدراهم المنقوشة و الفلوس الرائجة و قيل بالثمنية المطلقة حتى لا تتعدى إلى الفلوس و الغطارفة كذا في المختلف و في الروضة و المراد بالمطعوم ما يعد للطعم غالباً تقوتا أو تأدماً أو تفكهاً و غيرها فيدخل فيه الفواكه و الحبوب و البقول و التوابل. و يدخل في الثمنية التبر و المضروب و الحلي و الأواني المتخذة من الذهب و الفضة و في تعدي الحكم إلى الفلوس إذا راجت حكاية وجه. و الصحيح أنها لا ربا فيها لانتفاء التنمية الغالبة و لا يتعدى إلى غير الفلوس من الحديد و النحاس و الرصاص و غيرها قطعاً و بقول الشافعي رحمه الله تعالى قال أبو ثور و ابن المنذر رحمهما الله تعالى (و الجنسية شرط) أي شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده إلا عند وجود الجنسية و حينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء فلو أسلم هرويا في هروي جاز عنده و عندنا لا يجوز. (و المساواة مخلص) بفتح الميم و سكون الخاء أي موضع الخلاص يعني يتخلص بالمساواة عن الحرمة (و الأصل هو الحرمة عنده) أي عند الشافعي رحمه الله تعالى و كان حق الكلام أن يقال و الأصل هو الحرمة عنده و المساواة مخلص أي عن الحرمة. (لأنه) أي لأن الشارع (نص على شرطين) أحدهما هو قوله (التقابض) يفهم من قوله يداً بيد و الآخر هو قوله

=> فحرم التفاضل في منافعها و كذلك الباقلي بالحمص و الدخن بالذرة (السادس) مذهب ربيعة بن أبي عبدالرحمن رحمه الله تعالى أن العلة كونه جنسا تجب فيه الزكاة فحرم الربا في جنس تجب فيه الزكاة من المواشي و الزروع و غيرها و نفاه عما لا زكاة فيه (السابع) مذهب مالك رحمه الله تعالى كونه مقتاتا مدخرا جنس فحرم الربا في كل ما كان قوتا مدخرا و نفاه عما ليس بقوت كالفواكه و عما هو قوت لا يدخر كاللحم (الثامن) مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العلة كونه مكيل جنس فحرم الربا في كل مكيل و ان لم يؤكل كالجص و النورة و الاشنان و نفاه عما لا يكال و لا يوزن و ان كان مأكولا كالسفرجل و الزمان (التاسع) مذهب سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى و قول الشافعي رحمه الله تعالى في القديم أن العلة كونه مطعوما يكال أو يوزن فحرمه في كل مطعوم يكال أو يوزن و نفاه عما سواه و هو كل مالا يؤكل و لا يشرب أو يؤكل و لا يكال و لا يوزن كالسفرجل و البطيخ (العاشر) ان العلة كونه مطعوما فقط سواء كان مكيلا أو موزونا أم لا و لا ربا فيما سوى المطعوم غير الذهب و الفضة و هذا مذهب الشافعي الجديد الصحيح و هو مذهب احمد و ابن المنذر و غيرهما رحمهم الله تعالى. (١)و الثمنية الخ. و في شرح الوجيز (طبع جديد) ص ٧٤ ج ٤. و أما النقدان فعن بعض الأصحاب: أن الربا فيهما لعينهما لا لعلة و المشهور أن العلة فيها صلاح التنمية الغالبة و ان شئت قلت: جوهرية الأثمان غالبا و العبارتان تشملان التبر و المضروب و الحلي و الأواني المتخذة منهما و في تعدى الحكم إلى الفلوس اذا راجت حكاية وجه لحصول معنى التنمية و الأصح خلافه لانتفاء التنمية العالبة.

و المماثلة و كل ذلك يشعر بالعزة و الخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر و العزة و هو الطعم لبقاء الإنسان به و الثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها و لا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً و الحكم قد يدور مع الشرط و لنا أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع و هو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع

(و المماثلة) يفهم من قوله مثلا بمثل (و كل ذلك) أي و كل من الشرطين (يشعر بالعزة و الخطر) أي عند الشافعي رحمه الله تعالى (كاشتراط الشهادة في النكاح) فإن اشتراط الشهادة في عقد النكاح لأجل اظهار خطرها و عزتها دون سائر المعاملات (فيعلل) أى إذا كان الشرطان يشعران بالعزة و الخطر فيعلل الربا (بعلة تناسب إظهار الخطر و العزة و هو الطعم) في المطعومات (لبقاء الإنسان به و الثمنية) في الأثمان (لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها) أي تعلق مصالح الإنسان بالأموال المناط مصدر ميمي من ناط الشيء ينوطه نوطا أي علقه (و لا أثر للجنسية في ذلك) أي في اظهار الخطر و العزة (فجعلناه) أي جعلنا الجنس (شرطاً) لا علة (و الحكم قد يدور مع الشرط) بيان هذا أن العلة إنما تعرف بالتأثير و للطعم و الثمنية أثر كما ذكرنا و ليس للجنسية أثر لكن العلة لا تكمل إلا عند وجود الجنس فكان شرطاً لأن الحكم يدور مع الشرط وجوداً عنده لا وجوباً به. و قال الكاكي رحمه الله تعالى قوله و الحكم قد يدور لدفع شبهة ترد على جعله الطعم علة أو الثمنية علة و هو أن الحكم يدور مع الجنسية كما يدور مع الطعم و الثمنية عنده فلم لم يجعل الجنسية علة كما جعلها خصمك علة الربا فأجاب عنها فقال نعم كذلك إلا أن الغلبة للوصف الذي له أثر في استجلاب ذلك الحكم لا لمجرد الدوران فان الحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان مع الزنا فإنه يدور معه وجوداً أو عدماً و لا يدل على كونه علة و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى و لأنه عليه الصلاة و السلام ذكر من المطعومات أربعة و هي أصول الطعم فان الحنطة أصل لقوت بنى آدم و الشعير للدواب و التمر من الاصل تفكها و الملح أصل لتطييب الأطعمة. فتبين بذلك أن العلة هي الطعم أما إذا جعل القدر مع الجنس يتمحض ذكر هذه الأشياء تكراراً اذ صفة القدر فيها لا يتنوع و حمل كلام الشارع على ما يفيده فائدة زائدة أولى (و لنا أنه) أي أن الحديث المذكور أو أن النبي ﷺ (أوجب المماثلة شرطاً في البيع) بقوله مثلا بمثل لما مر أنه حال و الأحوال شروط (وهو المقصود بسوقه) أي وجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلاثة. أشار إلى الأول بقوله (تحقيقاً لمعنى البيع) أي لأجل تحقيق معنى البيع

اذ هو ينبيء عن التقابل و ذلك بالتماثل أو صيانة لاموال الناس عن التوى أو تتميماً للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا و المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة و المعنى

(إذ هو) أي البيع (ينبيء عن التقابل)لأن البيع مبادلة المال بالمال لان ما كان من باب المفاعلة يقتضي مقابلة كل جزء من أجزاء الآخر في متحد الجنس و لو فضل أحد العوضين لخلا ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا تتحقق المعاوضة بل يكون استحقاقاً لذلك القدر بلا عوض و قضية المعاوضة خلافه (و ذلك) أي التقابل يحصل (بالتماثل) لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه و أشار إلى المعنى الثاني بقوله (أو صيانة لأموال الناس عن التوى) عطف علي قوله تحقيقاً أى و لاجل صيانة أموال الناس عن التوى أى الهلاك و التلف لان أحد البدلين إن كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيعاً لفضل ما فيه الفضل موضحه إذا كان الزايد خالياً عن العوض و فيه تلف للزائد فاشترطت المماثلة حتى يصان أموال الناس. و إليه أشار النبى ﷺ بقوله و الفضل ربا أي الفضل على المتماثلين ربا يعني أن الذي نطق به القرآن بقوله و حرم الربا المراد به هذا الفضل و أشار إلى المعنى الثالث بقوله (أو تتميماً للفائدة) أي لأجل التتميم لفائدة البيع و هو ملك الرقبة قبل القبض و ملك التصرف بعده (باتصال التسليم به) أي بالتماثل يعنى أن فى النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضاً بعد مماثلة كل منهما للآخر لتتميم فائدة البيع و هو ثبوت الملك. و فى المبسوط أن الشرع أوجب المماثلة فى الجنس الواحد تتميماً للفائدة فى حق المتعاقدين إذ لو كان أحد العوضين أقل من الآخر تكون الفائدة تامة فى حق أحد المتعاقدين دون الآخر و فى إيجاب المماثلة اتمام الفائدة لكل واحد منهما (ثم يلزم عند فوته) أي عند فوت التماثل الذي هو شرط الجواز (حرمة الربا) لقوله عليه الصلاة و السلام و الفضل ربا (و المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة و المعنى) هذا بيان علية القدر و الجنس لوجوب المماثلة لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون باعتبار الصورة و المعنى لأن كل محدث موجود بصورته و معناه و إنما تقوم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة صورة و الجنس عبارة عن التشاكل فى المعانى فتثبت به المماثلة معنى. فان قيل حكم النص وجوب المماثلة فأي أثر للكيل و الجنس في وجوب المماثلة بل أثرهما في الوجود قلنا المراد و المقصود من الوجوب الوجود و لا يمكن الابتداء بالايجاد إلا بالوجوب لأن الوجوب يفضى إلى الوجود و لا يمكن ايجاد المماثلة إلا بالقدر و الجنس فيكون لهما أثر في وجود المماثلة

و المعيار يسوي الذات و الجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه و لا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتاً عرفاً أو لأن في اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه الصلاة و السلام

و أضيف إليه لأن حكم النص إيجاب المماثلة و حرمة الفضل عند فوتهما كذا في جامع قاضي خان. (و المعيار يسوي الذات) قال الجوهري (١) عايرت المكاييل و الموازين عياراً و عاورت بمعنى و المعيار العيار و معنى المعيار يسوي الذات أي الصورة فان كيلاً من البر مماثل كيلاً من الذرة من حيث الصورة دون المعنى لعدم الجنسية (و الجنسية تسوى المعنى) فان كيلاً من بر يساوي كيلاً من بر من حيث الصورة و المعنى أما صورة فظاهر و أما معنى فللجنسية. و القفيز من الحنطة يساوى القفيز من الشعير من حيث الصورة لا المعنى فإذا كان كذلك (فيظهر الفضل على ذلك) أي على التساوى من حيث الصورة و المعنى (فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) قوله الخالي صفة للفضل قوله فيه أي في العقد (و لا يعتبر الوصف) هذا جواب عما يقال إذا كانت المماثلة شرطاً على ما قلتم فكيف اهدر التفاوت فى الوصف و هو الجودة فى أحد البدلين دون الآخر فأجاب بقوله و لا يعتبر الوصف أي وصف الجودة و الرداءة (لانه) أي لان الوصف (لا يعد تفاوتاً عرفاً) أي من حيث العرف فان الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبرا لقلته و لهذا تصرف الأموال بالعدد دون الوصف فيقال له مائة درهم أو دينار من غير اعتبار التفاوت بين الجيد و الرديء. قال (٢) الأكمل و فيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف انتهى. قلت الكلام فيه من حيث الوصف لا من حيث الذات و التفاضل فى القيمة يرجع إلى الذات (أو لان فى اعتباره) أي في اعتبار التفاوت في الوصف (سد باب (٣) البياعات) في هذه الاشياء و هو مفتوح لان بيع هذه الاشياء لا يجوز متفاضلا و لا مجازفة فلم يبق إلا حالة التساوي و لو اعتبر المساواة في الوصف ينسد باب بياعات هذه الاشياء بجنسها لان الحنطة لا تكون مثل حنطة أخرى في الوصف لا محالة و البياعات (٤) بكسر الباء جمع بياعة و إنما جمعوا المصدر على تأويل الانواع (أو لقوله عليه الصلاة و السلام) أي و لا يعتبر الوصف

(١)قال الجوهري فى الصحاح مادة عير ص٧٦٤ ج٢. (٢)قال الاكمل فى العناية ص١٥١ ج٦. (٣)باب البياعات أي باب بيع البياعات. (٤)البياعات الخ. و فى لسان العرب ص٢٥ ج٨. البيعاعة (بالكسر): السلعة و البياعات (بالكسر): الأشياء التى يتبايع بها فى التجارة.

جيدها و رديئها سواء و الطعم و الثمنية من أعظم وجوه المنافع و السبيل في مثلها الإطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره إذا ثبت هذا فنقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز و هو المماثلة في المعيار الا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل و في الذهب بالذهب وزناً بوزن و ان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا

لقول النبي ﷺ (جيدها و رديئها سواء) هذا الحديث (١) غريب و معناه يؤخذ من إطلاق حيث أبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه و قد مر في هذا الباب. و ذكر الاترازيّ و غيره هذا الحديث و سكتوا عنه (و الطعم و الثمنية من أعظم وجوه المنافع) هذا (٢) جواب عن جعل الشافعي رحمه الله تعالى الطعم و الثمنية علة للحرمة تقريره أن ذلك فاسد لانهما بقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لانهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان الطريق فيه الاطلاق و هو معنى قوله (و السبيل في مثلها) أي في مثل هذه الاشياء التي تتعلق بها أعظم وجوه المنافع (الاطلاق) أي التوسعة (بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه) فان السنة الإلهية جرت في حق جنس الانس و سائر جنس الحيوانات بأن ما كان الاحتياج اليها أكثر كان أمره في الوجود و اطلاق الشرع أوسع كالماء و الهواء و علف الدواب و إذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق تعليلا لفساد الوضع (فلا معتبر بما ذكره) أي بما ذكر الشافعي رحمه الله تعالى لأنه علل بعلة وقعت فاسدة في مخرجها. فان قلت الشافعي رحمه الله تعالى استدل بقوله عليه الصلاة و السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام قلت قالوا هذا خبر لا يعرفه هو و لا ذكره أحد في كتاب مسند و إنما المروي الطعام بالطعام مثلا بمثل كيلاً بكيل و هذا لا يتناول الا ما يكال بعينه كذا في شرح مختصر الكرخيّ (إذا ثبت هذا) أي ما ذكرنا أن العلة القدر و الجنس عندنا مطعوماً كان أو غيره (فنقول إذا بيع المكيل أو الموزون) أي أو بيع الموزون (بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز) أي جواز البيع. (و هو) أي شرط الجواز (المماثلة في المعيار الا ترى) توضيح المماثلة في المعيار فان قوله كيلاً بكل بمنزلة التفسير لقوله مثلاً بمثل إذ كلام الشارع يفسر بعضه بعضاً (إلى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيل) أشار به إلى ما قلنا إن قوله كيلاً بكيل بمنزلة التفسير الخ. (و في الذهب) أي جاز البيع أيضاً في الذهب إذا بيع (بالذهب وزناً) أي من حيث الوزن (بوزن) يعني متساويين (و ان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا) بفضل أحدهما على الآخر

---

(١) هذا الحديث غريب الخ. كذا في نصب الراية ص ٣٧ ج ٤. (٢) هذا جواب الخ. كذا في العناية.

و لا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف و يجوز بيع الحفنة

(و لا يجوز (١) بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا) أي مما يتحقق فيه من الأشياء الربوية (إلا مثلاً بمثل) يعني متماثلين متساويين (لاهدار التفاوت في الوصف) أي لاجل إهدار التفاوت في وصف الجودة و الرداءة شرعا و عرفا (و يجوز (٢) بيع الحفنة) هي ملء الكف. قاله الاترازي و قال

(١)و لا يجوز بيع الجيد الخ. و في الدر المختار ص٤٢ ج٢. و جيد مال الربا لا حقوق العباد و رديئه سواء إلا في أربع مال وقف و يتيم و مريض و في القلب الرهن اذا انكسر. أشباه و في رد المختار ص٢٠٤ ج٤. (قوله لا حقوق العباد) عطف على مال الربا قال في المنح قيد بمال الربا لان الجودة معتبرة في حقوق العباد فاذا أتلف جيدا لزمه مثله قدرا و جودة ان كان مثليا و قيمته ان كان قيميا و لكن لا تستحق أي الجودة باطلاق عقد البيع حتى لو اشترى حنطة أو شيأ فوجده رديئا بلا عيب لا يرده كما في البحر معزيا الى صرف المحيط اه ح أي لان العيب هو العارض على أصل الخلقة و الجودة أو الرداءة في الشيء أصل في خلقته بخلاف العيب العارض كالسوس في الحنطة أو عفنها فله الرد به لا بالرداءة الا باشتراط الجودة كما قدمنا بيانه في خيار العيب (تنبيه) اراد بحقوق العباد ما ليس من الاموال الربوية أي مالا يجمعها قدر و جنس و لا يتقيد ذلك بالاتلاف و لذا قال البيرى قيد بالأموال الربوية لان الجودة في غيرها لها قيمة عند المقابلة بجنسها كمن اشترى ثوبا جيدا بثوب رديء و زيادة ردهم بازاء الجودة كان ذلك جائزا كما في الذخيرة اه (قوله الا في أربع الخ) فيه أن هذه الاربعة من حقوق العباد أيضا و ان كان المراد من حقوق العباد خصوص الضمان عند التعدى فالمناسب أن يذكره مع الاربع و يقول الا في خمس ثم ان الاولى ذكرها في البحر بحثا فانه قال و تعتبر أي الجودة في الاموال الربوية في مال اليتيم فلا يجوز للوصي بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز رديء و ينبغي أن تعتبر في مال الوقف لانه كاليتيم ثم قال و في حق المريض حتى تنفذ من الثلث و في الرهن القلب اذا انكسر عند المرتهن و نقصت قيمته فان المرتهن يضمن قيمته ذهبا و يكون رهنا عنده اه قلت و القلب بضم القاف و سكون اللام ما يلبس في الذراع من فضة جمعه قلبة كقرط و قرطة و هي الحلق في الاذن فان كان من ذهب فهو السوار كما في البيرى عن شرح التلخيص للخلاطي و قوله فان المرتهن يضمن قيمته ذهبا أفاد به أن ضمان القيمة انما يكون من خلاف جنسه اذ لو ضمن قيمته فضة و هي أكثر من وزنه بسبب الصياغة يلزم الربا و لو ضمن مثل وزنه يلزم ابطال حق المالك ففي تضمينه القيمة من خلاف الجنس اعمال لحق الشرع و حق العبد و ليس هذا خاصا بقلب الرهن بل مثله كل مثلي تعيب بغصب أو نحوه فانه يضمن بقيمته من خلاف جنسه كما قدمناه في باب خيار الشرط فيما لو كان الخيار للمشترى و هلك في يده و لا يلزم قبض القيمة قبل التفرق لانه صرف حكما لا حقيقة كما سنذكره في الصرف و بما قررناه علم أن استثناء هذه المسائل من اهدار الجودة باثبات اعتبارها انما هو لمراعاة حق العبد لكن على وجه لا يؤدى الى ابطال حق الشرع فما قيل انه يفهم من استثنائها أنه يجوز للوصي بيع قفيز جيد بقفيزين رديئين نظرا للجودة المعتبرة في مال اليتيم و نحوه من بقية المسائل و هو خطأ للزوم الربا غير وارد لان المراد أنه لا يجوز اهدار الجودة في مال اليتيم و نحوه حتى لا يجوز للوصي بيع قفيزه الجيد بقفيز رديء و لا يلزم من اعتبار أحد الحقين اهدارا لحق الآخر فاغتنم تحقيق هذا المحل. (٢)و يجوز بيع الحفنة الخ. قال المحقق الفهام ابن الهمام في فتح القدير ص١٥٢ ج٦. لا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل =>

بالحفنتين و التفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار و لم يوجد فلم يتحقق الفضل و لهذا كان مضموناً بالقيمةعند الإتلاف و عند الشافعي رحمه الله تعالى العلة هي الطعم

الجوهري (١) الحفنة ملء الكفين من الطعام (بالحفنتين و التفاحة) أي بيع التفاحة (بالتفاحتين لأن المساواة بالمعيار) يعني المساواة بالكيل شرط (فلم يوجد) لأنه لا كيل في الحفنة و الحفنتين (فلم يتحقق الفضل) لأن تحققه مبني على المساواة بالمعيار فاذا لم يتحقق الفضل فلا يكون ربا و استوضح ذلك بقوله (و لهذا) أي و لاجل أن الحفنة و الحفنتين لا تدخل تحت المعيار الشرعي (كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف) إذ لو كان داخلاً تحت المعيار كان مضموناً بالمثل عند الاتلاف كما في سائر المكيلات و الموزونات لان المكيلات و الموزونات كلها في ذوات الامثال دون القيم (و عند الشافعي رحمه الله تعالى العلة) أي علة الربا (هي الطعم) فلا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين

=> بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين و الحفنة بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح و ثمن القدح المصرى فلا شك، و كون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات و صدقة الفطر بأقل منه (أى من نصف الصاع) لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره و لقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا و روى المعلىّ عن محمد رحمه الله تعالى أنه كره التمرة بالتمرتين و قال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام انتهى. و في الشامية ص٢٠٢ ج٤. فهذا كما ترى تصحيح لهذه الرواية و قد نقل من بعده كلامه هذا و أقروه عليه كصاحب البحر و النهر و المنح و الشرنبلالية و المقدسى اهـ. لكن أقول إن المتون قاطبة متفقة على جواز بيع الحفنة بالحفنتين و هو المذهب المشهور لأبي حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى عزاه إليهم الموفق في المغنى و ابن حزمٍ في المحلى و شارح المهذبّ في شرح المهذب و أما ما رواه المعلىّ عن محمد رحمه الله تعالى أنه كره التمرة بالتمرتين الخ فيعارضه ما في الجامع الصغير ص٩٧. قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز فلس بفلس و يجوز تمرة بتمرتين انتهى. و ظاهر الرواية أقوى و أرجح من النوادر كما لا يخفى فجواز بيع الحفنة بالحفنتين و التمرة بالتمرتين هو المذهب المنصور لا سيما و هو قوى من حيث النظر و مؤيد بما ورد في حديث عبادة رضى الله تعالى عنه عند محمد رحمه الله تعالى في المبسوط من لفظ: "البر بالبر مدين بمدين و الشعير بالشعير مدين بمدين" و كذا هو عند أبي داود و النسائي رحمهما الله تعالى في نسخة كنز العمال و يؤيده أيضا رواية البيهقيّ بلفظ: "مدا بمد" فليس بحث ابن الهمامٌ بعد ذلك و تحسين بعض الأحباب له إلا كهباء منثور و كيف يظن بأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن يتساهل في أحكام الربويات و مذهبه في هذا الباب أضيق المذاهب و أحوطها و أشدّها و أضبطها؟ نعم لا شك في أن التوقى من بيع الحفنة بالحفنتين و التمرة بالتمرتين متفاضلا أولى لا يكون ما ذهب اليه الامام ضعيفا من حيث الدليل بل خروجا من الخلاف و عملا بقول النبى ﷺ دع ما يريبك إلى ما لا يريبك و بقول عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه انه كان من آخر القرآن نزولا آيات الربا فتوفى رسول الله ﷺ قبل أن يبينه لنا فدعوا الربا و الريبة و لكن ذلك لا يختص بهذه المسألة وحدها بل يعم الخلافيات كلها فافهم. إن شئت التفصيل فراجع اعلاء السنن ص ٢٧٠ ج١٤. (١)قال الجوهريّ في الصحاح ص ٢١٠٢ ج٥.

ولا مخلص و هو المساواة فيحرم و ما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه و لو تبايعا مكيلا أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص و الحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر و الجنس وعنده يجوز لعدم الطعم و الثمنية. قال و إذا عدم الوصفان الجنس و المعنى المضموم إليه حل التفاضل و النساء لعدم العلة المحرمة و الاصل فيه الإباحة و إذا وجدا حرم التفاضل و النساء لوجود العلة

لوجود الطعم (و لا مخلص و هو المساواة فيحرم). و في شرح الطحاوي و لو باع بطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم الكيل و عنده لا يجوز لوجود الطعم و كذلك إذا باع حفنة بحفنة أو حبة بحبة أو تفاحة بتفاحة يجوز عندنا و عنده لا يجوز (و ما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه) أي بما دون نصف الصاع بخلاف النصف لان الشرع ورد بالتقدير فيه كما في صدقة الفطر و غيرها. و في المبسوط هذا إذا لم يدخل كل واحد من البدلين تحت النصف أما إذا بلغ أحدهما النصف و الآخر لم يبلغ أو أكثر من النصف حتى لو باع حفنة بقفيز لا يجوز و في الأسرار ما دون الحبة من الذهب و الفضة لا قيمة له (و لو تبايعاً مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص و الحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر و الجنس و عنده) أي و عند الشافعي رحمه الله تعالى (يجوز لعدم الطعم و الثمنية) و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية و لو تبايعا وزنا بوزن و هو مأكول أو مشروب كالدهن و الزيت و اللبن و الخل لا يجوز إلا وزناً بوزن عند الكل لكن باختلاف التخريج أما عندنا فلوجود الجنس و الوزن و أما عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية لوجود الطعم. و أما عند مالك رحمه الله تعالى فلوجود الادخار لان عنده علة الربا الادخار و الاقتيات. (قال) أي القدوري (و إذا عدم الوصفان الجنس و المعنى المضموم) و هو القدر (إليه) أي إلى الجنس كبيع الحنطة بالدراهم و الثياب (حل التفاضل و النساء) بفتح النون و المد و هو البيع إلى أجل (لعدم العلة المحرمة) معناه أن علة حرمة الربا القدر و الجنس فلما انعدمت لم تثبت الحرمة و حل التفاضل و النساء لان الحل هو الاصل لقوله تعالى و أحل الله البيع و حرم الربا. فان قيل عدم العلة لا يدل على عدم الحكم قلنا الاصل جواز البيع مطلقا و الاباحة إلا أن الشرع اعتبر التحريم بوصف فاذا وجد ذلك الوصف قلنا بالتحريم و إلا يعمل بالاصل و هو معنى قوله (و الأصل فيه الاباحة) أي الاصل في البيع الاباحة الا عند اعتبار الشرع التحريم (و إذا وجدا) أي الوصفان (حرم التفاضل و النساء لوجود العلة) المحرمة

و إذا وجد أحدهما و عدم الآخر حل التفاضل و حرم النساء مثل ان يسلم هرويا فى هروى أو حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين و حرمة النساء فى أحدهما و قال الشافعي رحمه الله تعالى الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية و عدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل و حقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى و لنا أنه مال الربا من وجه نظرا إلى القدر أو الجنس

(و إذا وجد أحدهما) أي أحد الوصفين (و عدم الآخر حل التفاضل و حرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروي) أي ثوبا هرويا في ثوب هروى و في بعض النسخ مرويا في مروى و فيه عدم القدر الذي هو أحد الوصفين و يجوز فيه التفاضل بان يباع واحد باثنين و لا يجوز أن يباع بالنسيئة (أو حنطة في شعير) أي أو أسلم حنطة فى شعير و فيه عدم الجنس فيجوز فيه التفاضل و لا يحوز النساء كما اذا أسلم أحدهما فى الآخر (فحرمة ربا الفضل بالوصفين) أى القدز و الجنس (و حرمة النساء باحدهما) أي باحد الوصفين. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية) أي في جانب (و عدمها) أي في جانب آخر (لا يثبت إلا شبهة الفضل) لان النسيئة عبارة عن تأخير المطالبة و هي ليست حقيقة الفضل لان فيها تفاوت المالية حكماً و التفاوت في المالية حقيقة أكثر تأثيرا من التفاوت فى المالية حكماً و لا أثر له في المنع من جواز العقد حتى يجوز بيع ثوب بثوبين فالتفاوت حكماً أولى. كذا قاله تاج الشريعة و يفهم منه معنى قوله (و حقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى) أي بأن لا تكون مانعة بيانه على وجه الإيضاح أن حقيقة الفضل غير مانع في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين و العبد بالعبدين فالشبهة أولى. و قال (١) الاكمل قيل ليس فى تخصيص الحنس بالذكر فى عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات فى الموزونات كالحديد و الرصاص و يمكن أن يقال إنما خصه بالذكر لان الحكم و هو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس و أما في صورة القدر فقد يوجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة و كذا بيع الحنطة بالشعير و ان كان (٢) علة ذلك عنده غير القدر و هو أن التقابض شرط فى الصرف و بيع الطعام عنده (و لنا أنه) أي أن بيع النسيئة (مال الربا من وجه نظراً إلى القدر) أي إلى القدر وحده كما في الحنطة مع الشعير (أو الجنس) أي أو نظراً إلى الجنس وحده كالثوب الهروي مع الهروي.

---

(١)قال الأكمل في العناية ص١٥٤ ج٦. (٢)و ان كان الخ. أقول اذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص كذا فى السعدية.

و النقدية أوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا و هي مانعة كالحقيقة

(و النقدية أوجبت فضلاً فى المالية فتحقق شبهة الربا) لان الفضل من حيث النقدية فضل من حيث المعنى و النقد خير من النسيئة فمن الوجه الذي هو مال الربا أظهر الفضل من حيث النقدية في أحدهما و ذلك شبهة الربا (و هي) أي شبهة الربا (مانعة) عن الجواز (كالحقيقة) قال (١) الاكملُ فيه بحث من وجهين احدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة و كون النقدية أوجبت فضلاً شبهة فصار شبهة الشبهة و الشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها و الثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقاً أو في محل الحقيقة و الأول ممنوع و الثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك. و الجواب عن الأول أن الشبهة الأولى في المحل و الثانية في الحكم و ثمة شبهة أخرى و هي التي في العلة و شبهة العلة و المحل تثبت بها شبهة الحكم لا شبهة الشبهة و عن الثاني أن القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة كما أن الحقيقة مانعة في محلها إذا وجدت العلة بكمالها. فان قيل بعض الشراح استدل للشافعي رحمه الله تعالى بما روى عن عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفدت الابل فأمره أن يأخذ فى قلائص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى ابل الصدقة رواه (٢) أبوداودٌ. و استدل اصحابنا بما رواه (٣) أبوداودٌ أيضاً من حديث الحسن عن سمرةً رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة و رواه بقية الاربعة و قال الاكملُ فان قيل ما بال المصنفُ لم يستدل للجانبين بهذه الاحاديث ثم قال فالجواب أن جهالة التاريخ و تطرق الاحتمالات للتاويل منعاه عن ذلك قلت قيل الجواب عن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه أنه كان فى دار الحرب و قد أخذ عبد الله رضى الله تعالى عنه من إبل الحرب و لا ربا فيها عندنا. و قيل (٤) إنه كان قبل تحريم الربا و قيل

---

(١)قال الأكمل فى العناية ص١٥٤ ج٦. (٢)رواه ابوداودٌ فى البيوع باب فى الرخصة (يعنى فى بيع الحيوان بالحيوان نسيئة) ص١٢١ ج٢ عن محمد بن اسحاق عن يزيد بن أبى حبيب عن مسلم بن جبير عن أبى سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ الحديث. و فى بذل المجهود ص٢٤٧ ج٥. قال الخطابىٌ فى اسناد حديث عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنه مقال وما أشار اليه الخطابىٌ من المقال هو لأجل محمد بن اسحاق و أيضا مسلم بن جبير قال الذهبىٌ لا يدرى من هو و أبو سفيان قال الذهبىٌ لا يعرف و عمرو بن حريش قال فى التقريب مجهول الحال. (٣)رواه أبوداودٌ فى البيوع باب فى الحيوان بالحيوان نسيئة ص١٢١ ج٢ و الترمذىٌ فيه باب ما جآء فى كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسئة ص١٤٨ ج١ و النسائىٌ فيه بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ص٢٢٥ ج٢ و ابن ماجةٌ فى التجارات باب الحيوان بالحيوان نسيئة ص١٦٥. (٤)و قيل الخ. و فى عمدة القارى ص٤٥ ج١٢. قال الطحاوىٌ بعد أن رواه ثم نسخ ذلك بآية الربا بيان ذلك =>

إلا أنه إذا أسلم النقود

حديث عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنه بطريق ابن إسحاق بطريق العنعنة و هو مدلس فلا يحتج به. و لما أخرج الترمذيّ حديث سمرة رضى الله تعالى عنه قال حديث سمرة رضى الله تعالى حسن صحيح و سماع (١) الحسنّ من سمرة رضى الله تعالى عنه صحيح هكذا قال علي بن المدينيّ و غيره و العمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ و غيرهم فى بيع الحيوان بالحيوان نسئة و هو قول سفيان الثوريّ و أهل الكوفة و به يقول أحمد رحمه الله تعالى. و قال الترمذيّ و فى الباب عن ابن عباس و جابر و ابن عمر رضى الله تعالى عنهم قلت حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه أخرجه (٢) الترمذيّ فى كتاب العلل من حديث عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة و حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه رواه (٣) الترمذيّ فى العلل نحوه و حديث جابر رضى الله تعالى عنه رواه (٤) ابن ماجةّ بلفظ لا بأس بالحيوان واحدا بأثنين يداً بيد و كرهه نسيئة. (الا أنه) استثناء من قوله و حرم النساء في قوله و اذا وجد أحدهما و عدم الآخر حل التفاضل و حرم النساء الا أن الرجل (إذا أسلم النقود

=> أن آية الربا تحرم كل فضل خال عن العوض ففى بيع الحيوان بالحيوان نسيئة يوجد المعنى الذى حرم به الربا فنسخ كما نسخ بآية استقراض الحيوان لأن النص الموجب للحظر يكون متأخرا عن الموجب للاباحة و مثل هذا النسخ يكون بدلالة التاريخ فيندفع بهذا قول النووى و امثاله رحمهم الله تعالى أن النسخ لا يكون إلا بمعرفة التاريخ.

(١) سماع الحسنّ الخ. فان قلت قال البيهقيّ بعد تخريجه حديث سمرة رضى الله تعالى عنه اكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسنّ من سمرة رضى الله تعالى عنه فى غير حديث العقيقة قلت قول الحافظين الكبيرين الحجتين الترمذى و على بن المدينى رحمهما الله تعالى كاف فى هذا مع أنهما مثبتان و البيهقيّ ينقل النفى فلا يفيد شيئا كذا فى عمدة القارى ص ٤٤ ج١٢. (٢) أخرجه الترمذيّ الخ. أقول و رواه الطحاويّ في شرح معانى الآثار باب استقراض الحيوان ص ٢١١ ج٢. و فى عمدة القارى ص٤٥ ج١٢. فان قلت حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال فيه البيهقيّ انه عن عكرمةّ عن النبى ﷺ مرسل. قلت أخرجه الطحاويّ من طريقين متصلين و أخرجه البزارّ أيضاً متصلا ثم قال ليس فى هذا الباب حديث أجل اسنادا منه. (٣) رواه الترمذيّ الخ. أقول و رواه الحطاويّ فى شرح معانى الآثار باب استقراض الحيوان ص ٢١١ ج٢. و قال الحافظ العينيّ فى عمدة القارى ص٤٥ ج١٢. اسناده جيد موصول فان قلت قال البيهقيّ هذا الحديث ضعيف بمحمد بن دينار الطاحي البصرى بما روى عن ابن معينّ انه ضعيف قلت البيهقيّ لتحامله على أصحابنا يثبت بما لا يثبت و قد روى احمد بن أبى خيثمةّ عن ابن معينّ انه قال ليس به بأس و كذا قاله النسائيّ و قال ابوزرعةّ صدوق و قال ابن عديّ حسن الحديث. (٤) رواه ابن ماجةّ فى التجارات باب الحيوان بالحيون نسيئة ص١٦٥ و الترمذيّ فى البيوع باب ما جآء فى كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسئة ص١٤٨ ج١ و قال هذا حديث حسن. و فى عمدة القارى ص٤٥ ج١٢. فان قلت حديث جابر رضى الله تعالى عنه فيه الحجاج بن ارطاةّ و هو ضعيف. قلت قال ابن حبانّ صدوق يكتب حديثه و قال الذهبيّ فى الميزان احد الأعلام على لين فى حديثه روى له مسلمّ مقرونا بغيره و روى له الأربعة رحمهم الله تعالى.

في الزعفران و نحوه يجوز و إن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالأمناء و هو مثمن يتعين بالتعيين و النقود توزن بالسنجات و هو ثمن لا يتعين بالتعيين و لو باع بالنقود موازنة و قبضها صح التصرف فيها قبل الوزن و في الزعفران و أشباهه لا يجوز فإذا اختلفا فيه صورة و معنى و حكماً

في الزعفران و نحوه) كالقطن و الحديد (يجوز و ان جمعهما الوزن) بيانه أن قوله و حرم النساء باطلاقه يتناول أن كل ما يوجد فيه أحد وصفي علة الربا من الجنس و القدر لا يجوز إسلام أحدهما بالآخر و ههنا يجوز اسلام النقود بالزعفران و نحوه مع وجود أحد الوصفين و هو الوزن. فقال المصنفؒ (لانهما) أي لان النقد و الزعفران (لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء) و هو جمع المنى مقصور و التثنية منوان و قال (١) الجوهريؒ المنا مقصور الذي يوزن به (و هو) أي الزعفران (مثمن يتعين بالتعيين) و لهذا إذا اشترى الدنانير أو الدراهم موازنة و قبضها كان له أن يبيعها موازنة بدون اعادة الوزن. و في الزعفران و نحوه يشترط اعادة الوزن إذا اشترى موازنة ثم باع موازنة و هذا اختلاف بينهما حكماً فاذا وجد الوزن من كل وجه يحرم النساء لوجود أحد وصفي علة الربا لأنه حصل شبهة الربا و إذا وجد الاتفاق في الوزن من وجه دون وجه نزلت الشبهة إلى شبهة الشبهة و المعتبر هو الشبهة لا شبهة الشبهة (و النقود توزن بالسنجات) بتحريك النون جمع سنجة و هو بالفارسية سنگ ترازو و عن ابن السكيتؒ لا يقال بالسين بل هي بالصاد صنجات و في المغرب (٢) الصنجات بالتحريك جمع صنجة بالتسكين. و عن الفراءؒ السين أفصح و أنكر القتبيؒ السين أصلاً قلت الصواب مع الفراءؒ لا يعرفه إلا من يعرف اللغة الفارسية (و هو) أي النقود على تأويل ما يوزن بالسنجات (ثمن لا يتعين بالتعيين) لأن النقدين لا يتعينان بالتعيين و قد مر غير مرة (و لو باع بالنقود موازنة) أي لو باع الزعفران بالنقود و في بعض النسخ و لو باع النقود موازنة بلا حرف الباء في أول النقود. (و قبضها (٣) صح التصرف فيها قبل الوزن و في الزعفران و اشباهه لا يجوز) و قد وضحنا عن قريب (فإذا اختلفا) أي النقود و الزعفران (فيه) أي في الوزن (صورة و معنى و حكماً) هذا على طريق اللف و النشر المرتب فقوله صورة يرجع إلى قوله يوزن بالامناء و

---

(١)قال الجوهريؒ في الصحاح مادة منا ص٢٤٩٧ ج٦. و في لسان العرب ص٢٩٧ ج١٥. المنا: الكيل أو الميزان الذي يوزن به بفتح الميم مقصور يكتب بالألف و المكيال الذي يكيلون به السمن و غيره و قد يكون من الحديد أوزانا و تثنيته منوان و منيان و الأول أعلى. قال ابن سيده: و أرى (أي أظن) الياء معاقبة لطلب الخفة و هو أفصح من المنّ و الجمع أمناء و بنو تميم يقولون هو منّ و منّان و أمنان و هو منّى بمنى ميل أى بقدر ميل.
(٢)المغرب مادة صنج ص٤٨٤ ج١. (٣)و قبضها أى النقود صح التصرف فيها أى في النقود.

لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة و هي غير معتبرة. قال و كل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبداً و ان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة و الشعير و التمر و الملح

قوله معنى يرجع إلى قوله يتعين بالتعيين و قوله حكما يرجع إلى قوله لا يجوز أي التصرف فيها (لم يجمعهما القدر من كل وجه) أي لم يجمع النقود و الزعفران القدر و هو الوزن من كل وجه بل من وجه دون وجه فاذا كان كذلك (فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة) فان الموزونين إذا اتفقا كان المنع للشبهة و إذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن و الوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (و هي) أي شبهة الشبهة (غير معتبرة) لان الشبهة هي المعتبرة لا يقال (١) لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظى ليس إلا و هو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة. و قال (٢) الاكملُ و في عبارة المصنفِ تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة و لم يختلفا صورة و لهذا قال شمس الأئمةَ بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى و حكماً إلا إذا حمل قوله صورة على أن معناه صفة فافهم. (قال) أي القدوريّ (و كل شيء (٣) نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو كيل أبداً و إن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة و الشعير و التمر و الملح) حاصله ان ما كان مكيلاً على

---

(١)لا يقال الخ. كذا في العناية. (٢)قال الأكملُ في العناية ص١٥٦ ج٦. (٣)و كل شيء الخ. قال الموفق الحنبليّ في المغني ص١٣٦ ج٤. (فصل) في معرفة المكيل و الموزون و المرجع في ذلك الى العرف بالحجاز في عهد النبى ﷺ و بهذا قال الشافعي رحمه الله تعالى و الدليل ما روى عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنه مرفوعاً المكيال مكيال المدينة و الميزان ميزان مكة و النبى ﷺ انما يحمل كلامه على بيان الأحكام و ما لا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين أحدهما يرد الى أقرب الاشياء شبها به بالحجاز و الثانى يعتبر عرفه فى موضعه و هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و مذهب الشافعي رحمه الله تعالى على هذين الوجهين اه ملخصا. و قال العثمانيّ فى اعلاء السنن ص٣٠٤ ج١٤. قول النبى ﷺ المكيال مكيال المدينة الخ. محمول على مانص رسول الله ﷺ على كونه مكيلاً أو موزونا و لا دليل على كونه عاما للمنصوص و غير المنصوص عليه لا سيما و ظاهر الحديث أن لا يعتبر الكيل فى المكيلات إلا بمكاييل كان قد تعارفها أهل المدينة فى عهده من المد و الصاع و القفيز و نحوها و لا يعتبر بمكاييل سواها و كذلك الوزن و لا قائل به بل يجوز بيع المكيل بالمكيل إذا تساويا فى الكيل و بيع الموزون بالموزون إذا تساويا فى الوزن بأى مكيال و ميزان كان اتفاقا لا نعلم فيه خلافا فلما كان ظاهر الحديث متروكاً بالإجماع لم يكن حجة لاعتبار كيل الحجاز و وزنه فى كل مكيل و موزون هناك بل فى المنصوص عليه وحده هذا. و كلام الطحاويّ فى مشكله يشعر بكون الأصل فى الموزون ما كان يوزن حينئذ بمكة و فى المكيل ما كان يكال حينئذ بالمدينة سواء كان منصوصاً عليه أو غير منصوص و إنما يعتبر العرف فيما لم يعرف كونه موزونا أو مكيلا فى عهده ﷺ و هذا نصه: روى عن النبى ﷺ أنه قال: الوزن وزن أهل مكة و المكيال =>

....

....

=> مكيال أهل المدينة و مكة أرض متجر ليس فيها زرع و لا تمر تباع الأمتعة فيها بالأثمان ألا ترى إلى قول إبراهيم: ﴿بواد غير ذى زرع﴾ بخلاف المدينة فإنها دار نخل و زرع فكانت جل تجاراتهم فى المكيل فجعل النبى ﷺ الأمصار كلها اتباعاً لهذين المصرين فيما يحتاجون إليه من الكيل و الوزن. و لما كانت السنة منعت من إسلام الموزون فى الموزون و المكيل فى المكيل و أجازت عكسهما و منعت من بيع الموزون بالموزون إلا مثلا بمثل كان الأصل فى الموزون ما كان يوزن حينئذ بمكة و فى المكيل ما كان يكال حينئذ بالمدينة لا يتغير عن ذلك بمغير و من هنا أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى أن ما لزمه اسم مختوم أو اسم قفيز أو مكوك أو مد أو صاع فهو كيلى تجرى فيه أحكام الكيل فى جميع ما وصفنا و ما لزمه اسم الرطل و الوقية فهو وزنى كذلك اه من المعتصر من المختصر (٢١١) فقوله: إن ما لزمه اسم مختوم إلى آخره فهو كيلى و ما لزمه اسم الرطل و الوقية فهو وزنى يعم كل مكيل و موزون لا يتقيد بالأشياء الستة المنصوص الأشياء هذا هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و لعل أصحاب المتون خصوه بالمنصوص لأن كون ما سواه مكيلا أو موزونا فى عهده ﷺ غير متيقن به ولا يجوز إلحاقه بالمنصوص قياسا لكون ذلك خارجاً عن مواضع القياس كما لا يخفى اه. أقول حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه مرفوعا المكيال مكيال المدينة الخ رواه ابوداودٌ باسناده فى البيوع باب فى قول النبى ﷺ المكيال مكيال المدينة ص١١٨ ج٢ و النسائى فيه الرجحان فى الوزن ص٢٢٣ ج٢ و فى نيل الأوطار ص٢٢٣ ج٥. الحديث سكت عنه ابوداود و المنذرى رحمهما الله تعالى و أخرجه أيضا البزارٌ و صححه ابن حبان و الدارقطنىٌ رحمهما الله تعالى اه. و فى تحقيق هذا الحديث سندا و متنا و تفسيرا قال تقى الدين السبكى الشافعىٌ المتوفى ٧٥٦ه فى تكملة شرح المهذب ص٢٦٣ ج١٠. ذكر أبوداودٌ فى سنده و متنه اختلافا أما السند فقيل: فيه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ و هذا لا يضر فإنه أيا ما كان فهو صحابى و أما المتن فإنه رواه باللفظ المذكور فى المتن من حديث سفيان عن حنظلة عن طاوس عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال: و رواه الوليد بن مسلم عن حنظلة فقال: وزن المدينة و مكيال مكة، قال أبوداودٌ أيضاً: و اختلف فى المتن فى حديث مالك بن دينارٌ عن عطاء، عن النبى ﷺ و قد ذكره أبو عبيد فى الغريب فقال: و بعضهم يقول: و الميزان ميزان المدينة و المكيال مكيال مكة، (هكذا رواه البزار عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أيضاً و رجاله رجال الصحيح كما فى مجمع الزوائد (٤ : ٧٨) قال أبو عبيد: يقال إن هذا الحديث أصل لكل شىء و الكيل و الوزن إنما يأتم الناس فيها بأهل مكة و أهل المدينة و إن تغير ذلك فى سائر الأمصار. قال الخطابىٌ: هذا حديث قد تكلم فيه بعض الناس و تخبط فى تأويله و زعم أن النبى ﷺ أراد بهذا القول تعديل الموازين و الأرطال و المكاييل و جعل عيارها أوزان أهل مكة و مكاييل أهل المدينة فيكون عند الشارع حكماً بين الناس يحملون عليها إذا تداعوا فادعى بعضهم وزنا أوفى أو مكيالا أكبر و ادعى الخصم أن الذى لزمه هو الأصغر منهما دون الأكبر قال: و هذا تأويل فاسد خارج عما عليه أقاويل أكثر الفقهاء و ذلك أن من أقر لرجل بمكيلة بر أو بغيره أو برطل من تمر أو غيره فاختلفا فى قدر المكيلة و الرطل فإنهما يحملان على عرف البلد و عادة الناس فى أوزان البلد الذى هو به و لا يكلف أن يعطى برطل مكة و لا بمكيال المدينة و إنما جاء الحديث فى نوع ما يتعلق به أحكام الشريعة فى حقوق الله تعالى دون ما يتعامل به الناس فى مبايعاتهم و أمور معاشهم و قوله و الوزن وزن أهل مكة، يريد الذهب و الفضة خصوصاً =>

و كل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون ابداً و إن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب و الفضة لأن النص أقوى من العرف و الاقوى لا يترك بالأدنى و ما لم ينص

عهد رسول الله ﷺ فهو مكيل أبدا لا يتغير عن ذلك بمغير فيشترط فيه التساوى بالكيل و لا يلتفت إلى التساوى بالوزن دون الكيل حتى لو تساوي الحنطة بالحنطة وزناً لا كيلاً لم يجز (و كل ما نص) أي رسول الله ﷺ (علي تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً و ان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب و الفضة) فلا يعتبر فيه التساوي بالكيل بل يعتبر التساوى بالوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلاً لا وزناً لم يجز و كذلك الفضة بالفضة و ذلك لان طاعة النبي ﷺ واجبة علينا (لان النص (١) أقوى من العرف) لكون النص حجة على من تعارف و على من لم يتعارف و العرف ليس بحجة إلا على من تعارف به (و الاقوى لا يترك بالادنى و ما لم ينص) من النبي ﷺ

=> دون سائر الأوزان معناه أن الوزن الذى تتعلق به الزكاة فى النقود وزن أهل مكة و هى دراهم الإسلام المعدلة منها العشرة بسبعة مثاقيل فإذا ملك الرجل منها مائتى درهم وجبت فيها الزكاة و ذلك أن الدراهم مختلفة الأوزان فى بعض البلدان فمنها البغلى و منها الطبرى و منها الخوارزمى و أنواع غيرها فالبغلى ثمانية دوانيق و الطبرى أربعة دوانيق و هو نقد أهل مكة الجائز بينهم و كان أهل المدينة يتعاملون بالدراهم عدداً وقت مقدم رسول الله ﷺ إياها و الدليل عليه قول عائشة رضى الله تعالى عنها في فضة بريرة: إن شئت أعدها لهم فأرشدهم ﷺ إلى الوزن فيها و جعل العيار وزن أهل مكة دون ما يتفاوت وزنه فيها فى سائر البلدان و أطال الخطابى فى تحقيق الدراهم و ضربها. ثم قال: و أما قوله و المكيال مكيال أهل المدينة فإنما هو الصاع الذى يتعلق به وجوب الكفارات و يجب إخراج صدقة الفطر به و تكون بقدر النفقات و ما فى معناها معيار و للناس صيعان مختلفة فصاع أهل الحجاز خمسة أرطال و ثلث بالعراقى و صاع أهل البيت فيما يذكره زعماء الشيعة تسعة أرطال و ثلث ينسبونه إلى جعفر بن محمد و صاع أهل العراق ثمانية أرطال و هو صاع الحجاج الذى سعر به على أهل الأسواق فإذا جاء باب المعاملات حملنا العراقى على الصاع المتعارف المشهور عند أهل بلاده و الحجازى على الصاع المعروف ببلاد الحجاز كذلك أهل كل بلد على عرف أهله و إذا جاءت الشريعة و أحكامها فهو صاع المدينة فهو معنى الحديث و توجيهه عندى و الله أعلم. و جوز إمام الحرمين فى حمل الحديث احتمالين: أحدهما: ما قاله الخطابىّ الثانى: أنه لعل اتحاد المكاييل كان يعم فى المدينة و اتحاد الموازين كان يعم بمكة. فخرج الكلام على العادة قال شارح المهذب: و كلا الاحتمالين ممكن و ما قاله الخطابىّ أقرب إلى تأسيس القواعد الشرعية و أما انحصاره فى الأشياء التى ذكرها فلا يلزم بل من جملة الأمور الشرعية التى يجب اندراجها فيه كل ما اعتبر الشرع التقدير فيه بالكيل أو الوزن و من ذلك ما يكال و يوزن من الربويات فيعتبر به و المقصود أن يعتبر بعادة أهل الحجاز فى الكيل و الوزن أى فى زمان النبى ﷺ فهو المعتبر و أما العادة الحادثة بالحجاز فى غير زمنه ﷺ فلا اعتبار بها اتفاقا اه ملخصا.

(١) لأن النص الخ. لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا فى إخراج الشموع و السرج إلى المقابر ليالى العيد و النص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل كذا فى فتح القدير ص ١٥٧ ج٦.

عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دالة و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يعتبر العرف على خلاف

(عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دالة) أي لأن العادات دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه العادة لقوله (١) ﷺ ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و قوله (٢) ﷺ لا تجتمع أمتي على الضلالة. (و عن (٣) أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يعتبر العرف على خلاف

(١)لقوله ﷺ الخ. و الصواب أن هذا الحديث موقوف على ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و قد مر تخريجه مفصلا فى هامش البناية ص ٣٥٠ ج ١٠. (٢)قوله ﷺ الخ. أخرجه ابن ماجة فى الفتن باب السواد الأعظم ص ٢٩١ عن انس رضى الله تعالى عنه مرفوعاً. (٣)عن أبي يوسف رحمه الله تعالى الخ. و فى الدر المختار ص ٤١ ج ٢. و خرج عليه سعدى أفندى استقراض الدراهم عددا و بيع الدقيق وزنا (على ما هو المتعارف) في زماننا يعنى بمثله. و فى رد المحتار ص ٢٠٢ ج ٤ .(قوله و خرج عليه سعدى أفندى) أى فى حواشيه على العناية و لا يختص هذا بالاستقراض بل مثله البيع و الاجارة اذ لا بد من بيان مقدار الثمن أو الأجرة الغير المشار إليهما و مقدار الوزن لا يعلم بالعد كالعكس و كذا قال العلامة البركوى فى أواخر الطريقة المحمدية أنه لا حيلة فيه الا التمسك بالرواية الضعيفة عن أبى يوسف رحمه الله تعالي لكن ذكر شارحها سيدى عبد الغنى النابلسى ما حاصله أن العمل بالضعيف مع وجود الصحيح لا يجوز و لكن نحن نقول اذا كان الذهب و الفضة مضروبين فذكر العد كناية عن الوزن اصطلاحا لان لهما وزنا مخصوصا و لذا نقش و ضبط و النقصان الحاصل بالقطع امر جزئى لا يبلغ المعيار الشرعي و أيضا فالدرهم المقطوع عرف الناس مقداره فلا يشترط ذكر الوزن اذا كان العدد الا عليه و قد وقع فى بعض العبارات ذكر العد بدل الوزن حيث عبر فى زكاة درر البحار بعشرين ذهبا و فى الكنز بعشرين دينارا بدل عشرين مثقالا اه ملخصا و هو كلام وجيه و لكن هذا ظاهر فيما اذا كان الوزن مضبوطا بان لا يزيد دينار على دينار و لا درهم على درهم و الواقع فى زماننا خلافه فان النوع الواحد من أنواع الذهب أو الفضة المضروبين قد يختلف فى الوزن كالجهادى و العدلي و الغازى من ضرب سلطان زماننا أيده الله فاذا استقرض مائة دينار من نوع فلا بد أن يوفى بدلها مائة من نوعها الموافق لها فى الوزن أو يوفى بدلها وزنا لا عددا و أما بدون ذلك فهو ربا لانه مجازفة و الظاهر أنه لا يجوز على رواية أبى يوسف رحمه الله تعالى أيضا لان المتبادر مما قدمناه من اعتبار العرف الطارىء على هذه الرواية أنه لو تعورف تقدير المكيل بالوزن أو بالعكس اعتبر أما لو تعورف الغاء الوزن أصلا كما فى زماننا من الاقتصار على العدد بلا نظر الى الوزن فلا يجوز لا على الروايات المشهورة و لا على هذه الرواية لما يلزم عليه من ابطال نصوص التساوى بالكيل أو الوزن المتفق على العمل بها عند الأئمة المجتهدين نعم اذا غلب الغش على النقود فلا كلام فى جواز استقراضها عددا بدون وزن اتباعا للعرف بخلاف بيعها بالنقود الخالصة فانه لا يجوز الاوزنا كما سيأتى فى كتاب الصرف ان شاء الله تعالى و تمام الكلام على هذه المسئلة مبسوط فى رسالتنا نشر العرف فى بناء بعض الاحكام على العرف فراجعها (قوله و بيع الدقيق الخ) لا حاجة الى استخراجه فقد وجد فى الغياثية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز استقراضه وزنا اذا تعارف الناس ذلك و عليه الفتوى اه ط و فى التتارخانية و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى يجوز بيع الدقيق و استقراضه وزنا اذا تعارف الناس ذلك استحسن فيه اه. و نقل بعض المحشين عن تلقيح المحبوبى أن بيعه وزنا جائز لان النص عين الكيل فى الحنطة دون الدقيق اه و مقتضاه أنه على قول الكل لان ما لم يرد فيه =>

المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها و قد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً أو الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما و إن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة و نحوها وزناً لوجود الإسلام في معلوم قال و كل ما ينسب إلى الرطل

المنصوص عليه أيضاً لأن (١) النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل و الوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان (لمكان العادة) فيه (فكانت) أي العادة (هي المنظور إليها) في ذلك الوقت (و قد تبدلت) أي تلك العادة فيجب أن يكون الحكم على وفاق ذلك. (فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً أو الذهب) أي أو باع ذهباً (بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما) أي عن أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (و ان تعارفوا ذلك) كلمة إن واصلة بما قبلها و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز إذا تعارفوا ذلك (لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز) استثناء من قوله لا يجوز عندهما أي لكن يجوز (الاسلام في الحنطة و نحوها وزناً) على ما اختاره الطحاويّ (لوجود الاسلام في معلوم) فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه إنما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم و ذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن و ذكر في التتمة أنه ذكر في المجرد عن أصحابنا أنه لا يجوز فكان في المسألة روايتان (٢) (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و كل ما ينسب إلى الرطل) بكسر الراء و فتحها قال(٣)الجوهريّ

=> نص يعتبر فيه العرف اتفاقا لكن سنذكر عن الفتح أن فيه روايتين و أنه في الخلاصة جزم برواية عدم الجواز (قوله يعنى بمثله) المراد من التخريج على هذه الرواية بيع الدقيق وزنا بمثله احترازا عن بيعه وزنا بالدراهم فانه جائز اتفاقا كما في الذخيرة و نصه قال شيخ الاسلام و أجمعوا على أن ما ثبت كيله بالنص اذا بيع وزنا بالدراهم يجوز و كذلك ما ثبت وزنه بالنص. (١)لأن النص الخ. و في فتح القدير ص١٥٧ ج٦. و أجيب بأن تقريره ﷺ اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لأن العرف لا يعارض النص كذا وجه و لا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف رحمه الله تعالى لأن قصاراه أنه كنصه على ذلك و هو يقول يصار الى العرف الطارىء بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغيّر النص حتى لو كان ﷺ لنص عليه اه. و في رد المختار ص٢٠٢ ج٤. و ملخصه أن النص معلول بالعرف فيكون المعتبر هو العرف في أى زمن كان و لا يخفى أن هذا فيه تقوية لقول أبي يوسف رحمه الله تعالى فافهم اه. و قال العثمانيّ في اعلاء السنن ص٣٠٧ ج١٤. و لا يخفى ما رواه الطحاويّ عن أبي حنيفة الامام رحمه الله تعالى افضل و أحوط و هو مذهب الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و ما اختاره أصحاب المتون أعدل و أضبط و ما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أوسع و أرفق. فافهم و كن من الشاكرين.

(٢)روايتان. أقول و الفتوى على ما اختاره الطحاويّ كما في فتح القدير ص١٥٨ ج٦ و البحر ص٢١٥ ج٦.

(٣)قال الجوهريّ في الصحاح مادة رطل ص١٧٠٩ ج٤. و في تاج العروس مع القاموس ص٣٤٦ ج٧. (الرطل و يكسر) الكسر عن ابن السكيت و هو الافصح و في شروح الفصيح و المصباح الكسر أعرف و أشهر فلا عبرة=>

فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزناً

الرطل نصف منا ثم قال (١) المنا مقصور: الذي يوزن به و قال في كتاب يوحنا بن سرافيون: الرطل ثنتا عشرة أوقية و قال أيضاً الرطل عشرون إستاراً و الإستار ستة دراهم و دانقان أو قال أربعة مثاقيل فعلى هذا فيما قيل إن الأوقية أربعون درهماً نظر. و قال أبو عبيدةّ وزن الرطل مائة درهم و ثمانية و عشرون درهماً وزن سبعة و في المغرب (٢) الرطل الذي يوزن به أو يكال به (فهو وزني) خبر المبتدأ أعني قوله و كل ما و ادخلت الفاء لتضمنه الشرط قال المصنفّ (معناه ما يباع بالاواقي) و كذا فسره فخر الدين قاضي خانّ فقال و تفسيره أن ما يباع بالأواقي فهو وزني (لأنها) أي لأن الأواقي (قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا) حتى لو بيع شيء منها بجنسه متساوياً كيلاً يجوز لجواز التفاضل في الوزن و هذا لأنه يشق وزن الدهن بالأمناء و الصنجات لأنه لا يستمسك إلا في وعاء و في وزن كل وعاء نوع حرج فاتخذ الرطل لذلك. و الأواقي (٣) جمع أوقية بالتشديد و هي أربعون درهماً و هي أفعولة من الوقاية لأنها تقي صاحبها

=> بظاهر كلام المصنف في ترجيح الفتح اه. و في لسان العرب ص٢٨٥ ج١١. الرطل (بالفتح) و الرطل (بالكسر): الذى يوزن به و يكال. رواه ابن السكيتّ بكسر الراء قال ابن الأعرابيّ: الرطل (بالكسر) ثنتا عشرة أوقية بأواقى العرب و الأوقية أربعون درهما فذلك أربعمائة و ثمانون درهما و جمعه أرطال. الحربيّ: السنة فى النكاح رطل و شرحه كما شرحه ابن الأعرابيّ. قال أبو منصورّ: السنة فى النكاح ثنتا عشرة أوقية و نش و النش عشرون درهما فذلك خمسمائة درهم، روى ذلك عن عائشة رضى الله تعالى عنها و ورد فى حديث عمر رضى الله تعالى عنه: اثنتا عشرة أوقية و لم يذكر النش. و الأوقية مكيال أيضا. الليثّ: الرطل مقدار منّ و تكسر الراء فيه اه ملخصا. (١)ثم قال أي الجوهريّ فى الصحاح مادة منا ص٢٤٩٧ ج٦. (٢)المغرب ص٣٣٣ ج١. (٣)الأواقى الخ. كذا فى الكفاية ص١٥٨ ج٦. و فى لسان العرب مادة وقى ص٤٠٤ ج١٥. الأوقية: زنة سبعة مثاقيل وزنة أربعين درهما و ان جعلتها فعلية (بضم الفاء و سكون العين و كسر اللام مع تشديد الياء) فهى من غير هذا الباب و قال اللحيانيّ: هى الأوقية و جمعها أواقيّ، و الوقيّة (بفتح الواو و كسر القاف مع تشديد الياء) و هى قليلة و جمعها وقايا و قال مجاهدّ: الأوقية أربعون درهما. غيره: الوقية (بفتح الواو و كسر القاف مع تشديد الياء) وزن من أوزان الدهن. قال الأزهريّ: و اللغة أوقيّة و جمعها أواقيّ و أواق. قال أبو منصورّ: خمس أواق مائتا درهم و هذا يحقق ما قال مجاهدّ. و الجمع يشدد و يخفف مثل أثفية و أثافيّ و أثاف قال: و ربما يجئ فى الحديث وقية (بضم الواو و كسر القاف مع تشديد الياء) و ليست بالعالية و همزتها زائدة. قال و كانت الأوقية قديما عبارة عن أربعين درهما و هى فى غير الحديث نصف سدس الرطل و هو جزء من اثنى عشر جزءا و تختلف باختلاف إصطلاح البلاد اه ملخصا. و قال الجوهريّ فى الصحاح ص٢٥٢٧ ج٦. الأوقية فى الحديث: أربعون درهما و كذلك كان فيما مضى فأما اليوم فيما يتعارفها الناس و يقدّر عليه الأطباء فالأوقية عندهم وزن عشرة دراهم و خمسة أسباع درهم و هو إستار و ثلثا إستار و الجمع الأواقي و إن شئت خففت الياء فى الجمع و الأواقى أيضاً: جمع واقية و أصله وواقى لأنه فواعل إلا أنهم كرهوا اجتماع الواوين فقلبوا الأولى ألفا. اه ملخصا.

بخلاف سائر المكاييل و إذا كان موزوناً فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال و عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه الصلاة و السلام الفضة بالفضة هاء و هاء

من الضرر و عند الأطباء الأوقية وزن عشرة مثاقيل و خمسة أسباع درهم و هو إستار و ثلثا إستار. و في كتاب العين الأوقية وزن من أوزان الدهن و هي سبعة مثاقيل (بخلاف سائر المكاييل) متصلاً بقوله لأنها قدرت يعني أن سائر المكاييل لو تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار. و قال تاج الشريعة قوله بخلاف سائر المكاييل يعني أن ههنا القدر بالوزن فيجوز البيع بالأوقية و إن كانت الأوقية كيلاً لأنها قدرت بالوزن (و إذا كان موزوناً) يعني إذا ثبت أن ما ينسب إلى الرطل وزني (فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز) و لو كان سواء بسواء (لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة) إنما قيد بقوله لا يعرف وزنه بمكيال مثله لانه إذا عرف وزنه جاز (قال) أي القدوريّ في مختصره (و عقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان) و هي النقود. و قوله و عقد الصرف كلام إضافي مبتدأ و قوله ما وقع خبره و قوله (يعتبر) خبر بعد خبر أى يجب (فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (الفضة بالفضة هاء و هاء) هذا الحديث أخرجه محمد بن الحسنّ في الأصل عن أبي صالح عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال أشهد أني سمعت رسول الله ﷺ يقول الذهب بالذهب و الفضة بالفضة ربا إلا هاء و هاء فمن زاد فقد أربى. و روى (١) الجماعة رحمهم الله تعالى في كتبهم عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ الذهب بالورق رباً إلا هاء و هاء و البر بالبر ربا إلا هاء و هاء و الشعير بالشعير ربا إلا هاء و هاء و التمر بالتمر ربا إلا هاء و هاء. قوله (٢)هاء ممدود على وزن هاع

---

(١)روى الجماعة رحمهم الله تعالى. البخاريّ في البيوع باب بيع التمر بالتمر ص٢٩٠ ج١ و مسلمٌ فيه باب الربا ص٢٤ ج٢ و ابوداودٌ فيه باب في الصرف ص١١٩ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جاء في الصرف ص١٤٩ ج١ و النسائيّ فيه بيع التمر بالتمر متفاضلا ص٢٢٠ ج٢ و ابن ماجةٌ في التجارات باب الصرف و ما لا يجوز متفاضلا يدا بيد ص١٦٤ و رواه مالك رحمه الله تعالى في المؤطا ما جآء في الصرف ص٥٨٣ و ابن أبي شيبةٌ في البيوع من قال الذهب بالذهب و الفضة بالفضة ص٩٩ ج٧. (٢)قوله هاء الخ. قال الحافظ العلام العينيّ في عمدة القارى ص٢٥٢ ج١١. و أما قوله هاء و هاء فقال صاحب العينّ هو حرف يستعمل في المناولة تقول هاء و هاك و اذا لم تجيء بالكاف مددت فكان المدة في هاء خلف من كاف المخاطبة فتقول للرجل هاء و للمرأة هاى و للاثنين هاؤما و للرجال هاؤموا و للنساء هاؤن و في المنتهى تقول هاء يا رجل بهمزة ساكنة مثال هع اى خذ و في الجامع فيه لغتان بالف ساكنة و همزة مفتوحة و هو اسم الفعل و لغة أخرى هايا رجل كأنه من هاى يهاى فحذفت الياء للجزم و منهم من يجعله بمنزلة الصوت هايا رجل و هايا رجلان و هايا رجال و هايا أمرأة =>

معناه يداً بيد و سنبين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى. قال و ما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين و لا يعتبر فيه التقابض خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه الصلاة و السلام في الحديث المعروف يداً بيد و لانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض و للنقد مزية فيتحقق شبهة الربا و لنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب و هذا لان الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف و يترتب ذلك على التعيين

و معناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان و فسر المصنفّ بقوله (معناه يداً بيد) و كذا قال الترمذيّ بعد أن روى حديث عمر رضى الله تعالى عنه معنى قوله إلا هاء و هاء يقول يداً بيد و قال تاج الشريعةّ قوله يداً بيد أي قبضا بقبض كنى باليد عنه لكونه آلة القبض و يقال معنى يداً بيد عيناً بعين و كذا وقع في حديث (١) مسلم عن عبادة رضى الله تعالى عنه و فيه سواء بسواء عينا بعين (و سنبين الفقه (٢) في الصرف إن شاء الله تعالى) هذه حوالة رابحة تأتي في باب الصرف. (قال) أي القدوريّ (و ما سواه مما فيه الربا) اي ما سوى عقد الصرف مما يجري فيه الربا كالمكيلات و الموزونات غير الذهب والفضة (يعتبر فيه التعيين و لا يعتبر فيه التقابض) أي قبل التفرق بالابدان (خلافا للشافعي رحمه الله تعالى في بيع الطعام بالطعام) فإن عنده التقابض في المجلس شرط فيه سواء اتحد الجنس أو لم يتحد بان باع كر حنطة بكر حنطة أو بكر شعير أو تمر فافترقا من غير قبض فإنه لا يجوز عنده و به قال مالك رحمه الله تعالى (له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (قوله عليه الصلاة و السلام في الحديث المعروف يداً بيد) أي قبضا بقبض (و لأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض و للنقد مزية) على غيرها (فيتحقق شبهة الربا) و هي كالحقيقة في باب الربا (و لنا أنه) أي ان ما سوى عقد الصرف مما يجري فيه الربا (مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض) فان كل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض (كالثوب) و العبد و الدابة و غيرها (وهذا) أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين (لان الفائدة المطلوبة) بالعقد (إنما هو التمكن من التصرف و يترتب ذلك على التعيين) فلا يحتاج إلي القبض (بخلاف الصرف) جواب عما يقال

=> و هايا امرأتان و هايا نسوة و في شرح المشكاة فيه لغتان المد و القصر و الأول أفصح و أشهر و أصله هاك فأبدلت من الكاف معناه خذ فيقول صاحبه مثله و الهمزة مفتوحة و يقال بالكسر و معناه التقابض و قال المالكيّ و حق ها أن لا يقع بعدها إلا كما لا يقع بعدها خذ و بعد أن وقع يجب تقدير قول قبله يكون به محكيا فكأنه قيل و لا الذهب بالذهب إلا مقول عنده من المتبايعين هاء هاء و قال الطيبيّ و محله النصب على الظرفية و المستثنى منه مقدر يعنى بيع الذهب بالذهب ربا في جميع الأزمنة إلا عند الحضور و التقابض. (١) حديث مسلمّ في البيوع باب الربا ص ٢٤ ج٢. (٢) الفقه أى الوجه لاشتراط التقابض.

بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به و معنى قوله عليه الصلاة و السلام يداً بيد عيناً بعين كذا رواه عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه

لو كان الأمر كما قلتم لما وجب القبض في الصرف فأجاب بقوله بخلاف الصرف حيث يشترط فيه القبض (لأن القبض فيه) أي في الصرف (ليتعين به) أي بالقبض لان النقود لا تتعين. (و معنى قوله عليه الصلاة و السلام) هذا جواب عن استدلال الخصم بالحديث أي معنى قول النبى ﷺ (يداً بيد عيناً بعين) تقريره أن المعنى إذا كان عيناً بعين يعني معيناً بمعين يدل على ان المراد منه التعيين إلا أن التعيين في الصرف لا يتحقق قبل التقابض فلاجل هذا اشترط التقابض. (كذا رواه) أي كذا روي عيناً بعين (عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه) حاصله ان الروايتين أعني يداً بيد و عيناً بعين كلتاهما وقعتا في حديث عبادة رضى الله تعالى عنه غير أن رواية عيناً بعين وقعت في رواية مسلمٓ عنه و قد مضى ثم اشتراط التعيين و التقابض جميعاً المدلول (١) عليهما بالروايتين منتف بالإجماع المركب أما عندنا فلان الشرط هو التعيين لا القبض و أما(٢)عند الشافعي رحمه الله تعالى فبالعكس فحينئذ لا بد من حمل أحدهما على الآخر. و قوله يداً بيد يحتمل أن يكون المراد به القبض لان اليد آلته و يحتمل أن يكون المراد التعيين لأنه انما يكون بالإشارة باليد. و قوله عيناً بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم فإن قيل يلزمكم على هذا العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة و المجاز لانكم جعلتم يداً بيد بمعنى القبض في الصرف و بمعنى التعيين في بيع الطعام قلنا لا نسلم ذلك لأن المراد فى كلتى الصورتين التعيين إلا أن التعيين في كل موضع يختلف بحسب حاله ففي الدراهم و الدنانير التعيين لا يكون إلا بالقبض إذ هما لا يتعينان في العقود و الفسوخ فكان القبض هناك لضرورة وجوب التعيين. أما الطعام فما يتعين بالتعيين ثمناً كان أو مثمناً فلم يحتج فى التعيين إلى القبض فإن قيل يشكل بما إذا باع ابريق فضة بجنسه فإنه يشترط القبض مع أنه يتعين بالتعيين قلنا التعين فى الابريق بعارض الصنعة فاعتبر فيما يرجع إلى الإحتياط الاصل و هو الثمنية و عدم التعيين و الشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها. و قال (٣) الأكملٓ و اعترض بأن ما ذكرتم انما هو على طريقتكم في أن الأثمان لا تتعين و أما الشافعي رحمه الله تعالى فليس بقائل به فلا يكون ملزماً و الجواب أنه ذكره بطريق المبادى ههنا

(١)المدلول عليهما. أقول يعنى ظاهرا كذا فى السعدية. (٢)و أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فبالعكس. أقول فيه بحث فان القبض اذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك اذ لا يوجد القبض إلا و أن يوجد التعيين فان قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انتفاؤه أيضا ممنوع عنده كذا فى السعدية. (٣)قال الأكملٓ فى العناية ص ١٦١ ج٦.

و تعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً بخلاف النقد و المؤجل قال و يجوز بيع البيضة بالبيضتين و التمرة بالتمرتين و الجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال و يجوز بيع الفلس بالفلسين

لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه و قال تاج الشريعة فإن قلت روي أيضاً في رواية فى حديث عبادة رضى الله تعالى عنه قبضاً بقبض و هذا صريح في الباب قلت هذه رواية شاذة فلا يترك بها الحديث المشهور و هو قوله الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل عيناً بعين (و تعاقب القبض) جواب عن قوله و لأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض و وجهه أن تعاقب القبض المانع الذي يعد تفاوتاً في المالية عرفا و ههنا ليس كذلك لأن التعاقب ههنا (لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً) فإن التجار لا يفصلون فى المالية بين المقبوض فى المجلس و غيره بعد أن يكون حالاً فلا يتحقق فضل أحدهما فيجوز (بخلاف النقد) أي الحال (و المؤجل) فان فيهما التعاقب يعد تفاوتاً لأنهم يفصلون فيهما. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و يجوز بيع البيضة بالبيضتين و التمرة بالتمرتين و الجوزة بالجوزتين) قال الاترازى إنما كرر هذه المسألة لأنها من مسائل الجامع الصغير و قد علم حكمها قبل ذلك و كان القياس أن يذكرها عند قوله و يجوز بيع الحفنة بالحفنتين و التفاحة بالتفاحتين (لانعدام المعيار) و هو القدر (فلا يتحقق الربا) يعني حكم النص وجوب التساوي بين البدلين فلا يشرع الا فى محل قابل له و هذا المحل لا يقبله فلم يشترط التساوي فيه فبقي على الأصل و هو الاباحة. و قال الإمام التمرتاشي هذا إذا كان البدلان نقدين أما إذا كان كلاهما أو أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء فإن قبل الجوز و البيض فى ضمان المستهلكات مثلين فينبغي أن لا يجوز مع الواحد بالاثنين لشبهة الربا قلنا لا مماثلة بينهما حقيقة للتفاوت صغراً و كبراً الا أن الناس اصطلحوا على اهدار التفاوت في حق ضمان العدوان فيعمل ذلك في حقهم دون الربا الذي هو حق الشرع كذا فى الذخيرة. (و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيه) أي في بيع البيضة بالبيضتين و نحوها (لوجود الطعم على ما مر) من أصله ان علة الربا عنده في المطعومات الطعم و في شرح الطحاوي لو باع بطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين أو حفنة من الحنطة بحفنتين يجوز عندنا لعدم الكيل و عند الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز لوجود الطعم. (قال) أي القدوري (و يجوز (١) بيع الفلس بالفلسين

---

(١) و يجوز بيع الفلس الخ. ليس مراده خصوص بيع الفلس بالفلسين بل بيان حل التفاضل حتى لو باع فلسا بمائة على التعيين جاز عندهما كذا فى البحر ص ٢١٩ ج٦.

بأعيانهما عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما و إذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما و كبيع الدرهم بالدرهمين و لهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما و إذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين و لا يعود وزنياً لبقاء الاصطلاح على العد

باعيانهما) (١) قيد باعيانهما احترازاً عما إذا باع بغير عين أحدهما أو كلاهما فإنه لا يجوز بالاتفاق لأن غير العين ان كان كلا البدلين يلزم بيع الكالئ بالكالئ و ان كان أحدهما يلزم النساء و الجنس بانفراده يحرم النساء (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) استحساناً و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول (و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز) و به قال الشافعي رحمه تعالى فى وجه (لأن الثمنية) في الفلوس (تثبت باصطلاح الكل) اي كل الناس (فلا تبطل باصطلاحهما) لعدم ولايتهما على غيرهما (فإذا بقيت أثماناً لا تتعين) بالاتفاق (فصار) حكمه (كما إذا كان بغير أعيانهما) حيث لا يجوز بالاتفاق (و كبيع الدرهم بالدرهمين) أي و صار أيضاً حكمه كحكم بيع الدرهم بالدرهمين حيث لا يجوز بالاتفاق و بهذا تبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوباً بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب و الفضة (و لهما) أي و لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (ان الثمنية) في الفلوس (في حقهما تثبت باصطلاحهما) لا باصطلاح الناس (إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل) أي الثمنية (باصطلاحهما) يعني إذا ثبتت الثمنية في حقهما باصطلاحهما كان لهما أن ينقضا ذلك الاصطلاح باصطلاح آخر. (و إذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين) لأنه عاد مثمناً كما كان (و لا يعود وزنياً لبقاء الاصطلاح) أي اصطلاحهما (على العد) تصحيحاً لتصرفهما. و قال الكاكيّ قوله و لا يعود وزنياً جواب لاشكال ذكره في المبسوط (٢) فقال فإن قيل تحت هذا الكلام فساد فانه إذا خرج في حقهما من أن يكون ثمناً كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين من صفر و ذلك لا يجوز في الوزني مجازفة فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد قلنا الاصطلاح في الفلوس على صفة الثمنية و العدد فيهما في هذه المبايعة اعراضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها و ما أعرض عن اعتبار صفة العدد فيها و ليس من ضرورة خروجها من أن تكون ثمنا في حقهما خروجها من أن تكون عددية كالجوز و البيض فهو عددي و ليس بثمن.

---

(١)بأعيانهما. أقول الضمير راجع الى البدلين كذا في السعدية. (٢)المبسوط للسرخسيّ ص١٨٤ ج١٢.

إذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة و بخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما لانه كالئ بالكالئ و قد نهي عنه

ثم ان المصنف (١) استدل على بقاء اصطلاحهما في حق العد بقوله (إذ في نقضه) أي في نقض الاصطلاح (في حق العد فساد العقد) و الحال أنهما قصدا صحة العقد و لا صحة إلا ببقاء العد (فصار كالجوزة بالجوزتين) هذا بيان لانفكاك العددية عن الثمنية. و بيع الجوزة بالجوزتين يجوز لانعدام المعيار فلا ربا فيه (بخلاف النقود) جواب عن قول محمد رحمه الله تعالى كبيع الدرهم بالدرهمين (لأنها) أي لأن النقود (للثمنية خلقة) أي من حيث الخلقة لا من حيث الاصطلاح فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما (و بخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما) جواب عما قال محمد رحمه الله تعالى كما إذا كانا بغير أعيانهما فان ذلك لم يجز (لأنه كالئ بالكالئ) أي لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة و هو منهي عنه و هو معنى قوله (و قد نهي عنه) هذا رواه (٢) ابن أبي شيبة و اسحاق بن راهويه و البزار رحمهم الله تعالى في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن يباع كالئ بكالئ يعني ديناً بدين. و رواه (٣) ابن عدي في الكامل و أعله بموسى بن عبيدة و نقل تضعيفه عن أحمد رحمه الله تعالى و قال قيل لأحمد رحمه الله تعالى فان شعبة يروي عنه قال لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه و قال ابن عدي و الضعف على حديثه بين. و رواه أبوعبيدة في كتاب غريب الحديث عن زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة إلى آخره نحوه و قال أبوعبيدة هو النسيئة بالنسيئة و قال في الفائق كلأ الدين كلأ فهو كالئ إذا تأخر و ذكره الجوهري (٤) في المهموز و قال و كان الأصمعي لا يهمزه و ينشد:

و إذا تباشرك الهموم فانها كال و ناجز

أي منها نسيئة و منها ما هو نقد. و قال أبوعبيدة تكلأت أي استنسأت نسيئة و كذلك استكلأت

---

(١) ثم ان المصنف استدل الخ. أقول لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند كذا في السعدية. (٢) رواه ابن ابي شيبة في البيوع. من كره أجلا بأجل ص٥٩٨ ج٦ و عبد الرزاق فيه باب أجل بأجل ص٩٠ ج٨ عن ابراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن عبد الله بن دينار به و هو معلول بالأسلمي و رواه الحاكم في المستدرك (في البيوع باب النهي عن بيع الكالي بالكالي ص٥٧ ج٢) و الدارقطني (في البيوع ص ٧١ ج٣) عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال الحاكم حديث صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه انتهى و غلطهما البيهقي و قال انما هو موسى بن عبيدة الربذي و رواه الطبراني في معجمه من حديث رافع بن خديج رضي الله تعالى عنه مرفوعا و في سنده أيضا موسى بن عبيدة هذا ملخص ما في نصب الراية ص ٤٠ ج٤. و في فتح القدير ص١٦٣ ج٦. و الحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك. (٣) رواه ابن عدي الخ. كذا في نصب الراية ص ٤٠ ج٤. (٤) ذكره الجوهري في الصحاح مادة كلأ ص٦٩ ج١.

و بخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال و لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق و لا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من أجزاء الحنطة و المعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوّ بينهما و بين الحنطة لاكتنازهما فيه و تخلخل حبات الحنطة

كلأة بالضم و هو من التأخير و قال أبوزيدٌ كلأت في الطعام تكليئا و أكلأت فيه إكلاء أسلفت فيه و ما أعطيت فى الطعام نسيئة من الدراهم فهو الكلأة بالضم (و بخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه) هذا جواب عما إذا كان أحدهما غير عين (لأن الجنس بانفراده يحرم النساء). و اعلم أن بيع الفلس بجنسه متفاضلاً على أربعة أوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما و بيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما و بيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما و بيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما و الكل فاسد سوى الوجه الرابع ففيه الخلاف المذكور. (قال) أى القدوريّ (و لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق و لا بالسويق) لا متساوياً و لا متفاضلاً و لا بالكيل و لا بغيره و به قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى فى أظهر القولين و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية و هو قول الثوريّ أيضاً و نقل عن الشافعي رحمه الله تعالى فى رواية أنه يجوز بيع الحنطة بالدقيق متساوياً و به قال (٢) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في أظهر القولين إلا أن مالكا رحمه الله تعالى يعتبر الكيل و أحمد رحمه الله تعالى يجوز الكيل و الوزن فقالا الدقيق نفس الحنطة إلا أن أجزاءها قد تفرقت فأشبه بيع حنطة صغيرة الحبات بحنطة كبيرة الحبات و كذا الخلاف فى بيع الحنطة بالنخالة (لأن المجانسة باقية من وجه) لأن الطحن لم يؤثر إلا فى تفريق الأجزاء (لأنهما) أي لأن الدقيق و السويق (من أجزاء الحنطة و المعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوّ بينهما) أي بين الدقيق و السويق (و بين الحنطة لاكتنازهما) أي لاجتماعهما (فيه) أي في الكيل (و تخلخل حبات الحنطة) يقال أجزاؤه

---

(١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى فتح القدير ص١٦٤ ج٦. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص١٤٠ ج٤. (فصل) في الحنطة و فروعها. و فروعها نوعان (أحدهما) ما ليس فيه غيره كالدقيق و السويق (و الثانى) ما فيه غيره كالخبز و الهريسة و الفالوذج و النشاء و أشباهها. و لا يجوز بيع الحنطة بشىء من فروعها و هي ثلاثة أقسام (أحدها) السويق فلا يجوز بيعه بالحنطة و بهذا قال الشافعي رحمه الله تعالى و حكى عن مالك و أبى ثور رحمهما الله تعالى جواز ذلك متماثلا و متفاضلا. (القسم الثانى) ما معه غيره فلا يجوز بيعها به أيضا و قال أصحاب أبى حنيفة رحمهم الله تعالى يجوز ذلك (القسم الثالث) الدقيق فلا يجوز بيعها به فى الصحيح و هو مذهب سعيد بن المسيب و الحسن و الحكم و عماد و الثورى و أبى حنيفة و مكحول رحمهم الله تعالى و هو المشهور عن الشافعي رحمه الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى رواية أخرى أنه جائز و بهذا قال ربيعة و مالك رحمهما الله تعالى و حكى ذلك عن النخعي و قتادة و ابن شبرمة و اسحاق و أبى ثور رحمهم الله تعالى. (٢)و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا فى شرح الوجيز ص٩١ ج٤.

فلا يجوز و إن كان كيلاً بكيل و يجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً لتحقق الشرط

متخلخلة أي في خلالها فرج فإذا كان كذلك صار كالمجازفة في احتمال الربا (فلا يجوز و ان كان كيلاً بكيل) لعدم التساوى مع جنسية العوضين. و فى المبسوط (١) لا يعرف التساوى فى الكيل بين الدقيق و الحنطة فالدقيق لا يصير حنطة قط و لكن الحنطة تطحن و لا يدري ان بعد الطحن يتساويان في المكيال أم لا فاذ ا كان بالتساوى في المعيار في الحال لا يعلم التساوى بينهما بعد الطحن لا يجوز بيع أحدهما بالآخر. فإن قيل ينبغي أن يجوز بيع الحنطة بالسويق لعدم الاكتناز فى السويق قلنا الحرمة باعتبار الشبهة و هي كافية لثبوت الحرمة فإن السويق في ضمن الحنطة فيتحقق شبهة الجنسية كما لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية (و يجوز (٢) بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً) قوله متساوياً نصب على الحال و قوله كيلاً نصب على التمييز أي حال كونه متساوياً من حيث الكيل. و قال الكاكيّ متساوياً حال و كذا كيلاً حال و العامل في متساوياً بيع و في كيلاً لفظ متساوياً و قال (٣) الأكملّ قيل متساوياً و كيلاً حالان متداخلان لأن العامل في الأول بيع و في الثاني متساوياً هذا نقله من كلام الكاكيّ ثم قال و يجوز أن يكونا مترادفين قلت الصواب هو الذي قلته لأن من شرط الحال أن يكون من المشتقات و كيلاً اسم غير مشتق لأن المراد به هي الآلة التي يكتال بها لا الكيل الذي هو مصدر كال يكيل كيلاً و لان سلمنا بوقوع الحال من غير المشتقات لكن حينئذ يأول بالمشتق و هنا كيف يأول فلا يتأتى من لفظه. (لتحقق الشرط) و هو المساواة فى الكيل فيما هو مكيل و الكيل معيار شرعي في المكيل. و عن الإمام الفضليّ أنه يجوز إذا تساوياً كيلاً إذا كانا مكبوسين و في الدقيق (٤) بالدقيق وزناً روايتان. و في الشامل والدقيق بالدقيق و المقلي بالمقلي في رواية يجوز متساوياً و المقلي بغير المقلي لا يجوز

(١) المبسوط للسرخسيّ ص١٧٨ ج١٢. (٢) و يجوز بيع الدقيق الخ. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص ١٤١ ج٤. (فصل) فأما بيع بعض فروع الحنطة ببعض فيجوز بيع كل واحد من الدقيق و السويق بنوعه متساويا و به قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و المشهور عن الشافعي رحمه الله تعالى المنع من ذلك لأنه يعتبر تساويهما حالة الكمال و هو حال كونها حنطة و قد فات ذلك لأن أحد الدقيقين قد يكون من حنطة رزينة و الآخر من حنطة خفيفة فيستويان دقيقا و لا يستويان حنطة. و لنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع التمر بالتمر. اذا ثبت هذا فانما يباع بعضه ببعض كيلا لأن الحنطة مكيلة و لم يوجد فى الدقيق و السويق ما ينقلهما عن ذلك. و يشترط أن يتساويا فى النعومة ذكره أبوبكرّ و غيره من أصحابنا رحمهم الله تعالى و هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنهما اذا تفاوتا فى النعومة تفاوتا فى ثانى الحال فيصير كبيع الحنطة بالدقيق. (٣) قال الأكملّ فى العناية ص ١٦٤ ج٦. (٤) و فى الدقيق الخ. و فى الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع كذا فى الفتح.

و بيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى متفاضلاً و لا متساوياً لأنه لايجوز بيع الدقيق بالمقلية و لا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزاءهما لقيام المجانسة من وجه و عندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود. قلنا معظم المقصود و هو التغذى يشملهما و لا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية

لانعدام التساوي بينهما. و في شرح الأقطع يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كان على صفة واحدة من النعومة. و في خلاصة الفتاوى (١) سواء كان أحدهما أخشن أو أدق و كذا بيع النخالة بالنخالة. (و بيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى متفاضلاً و لا متساوياً لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية و لا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزائهما) أي أجزاء المقلية و هي السويق و أجزاء الحنطة و هي الدقيق (لقيام المجانسة من وجه) لأن السويق أجزاء حنطة مقلية. و بقول (٢) أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال الشافعي رحمه الله تعالى. (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يجوز لأنهما) أي لأن دقيق الحنطة و سويقها (جنسان مختلفان) لاختلافهما في الإسم و الهيئة و المعنى (لاختلاف المقصود) لأن المقصود من الدقيق اتخاذ الخبز و العصائد و لا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء و كان التفاوت بينهما أظهر من التفاوت بين الهروي و المروي. و أشار إلى الجواب عن هذا بقوله (قلنا معظم المقصود و هو التغذي يشملهما) أي يشمل الدقيق و السويق. فقوله معظم المقصود مبتدأ و قوله يشملهما خبره و قوله و هو التغذي جملة معترضة بينهما (و لا يبالي بفوات البعض) أي بعض المقصود (كالمقلية مع غير المقلية) يعني لا يجوز لأنهما اعتبرا جنساً واحداً و إن فات بعض المقاصد لأن معظم المقاصد باق و المقلية (٣) المشوية من قلي يقلي إذا شوى و قد طعنوا على محمد رحمه الله تعالى في هذا اللفظ لأنه لا يقال إلا مقلوة

(١) خلاصة الفتاوى ص٣٤ ج٣. (٢) و بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. و في المغنى لابن قدامة الحنبلي ص١٤١ ج٤. فأما بيع الدقيق بالسويق فالصحيح أنه لا يجوز و هو مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و روى عن أحمد رحمه الله تعالى أنه يجوز لأن كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره فأشبه الدقيق بالدقيق و السويق بالسويق و لنا أن النار قد أخذت من أحدهما فلم يجز بيع بعضه ببعض كالمقلية بالنيئة و روى عن مالك و أبي يوسف و محمد و أبي ثور رحمهم الله تعالى أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلا لأنهما جنسان و لنا أنهما اجزاء جنس واحد فلم يجز التفاضل بينهما كالدقيق مع الدقيق و السويق مع السويق. (٣) المقلية الخ. و في لسان العرب مادة قلا ص١٩٨ ج١٥. قلى الشيء (من باب ضرب) قليا (بفتح القاف و سكون اللام): أنضجه على المقلاة. يقال: قليت اللحم على المقلى أقليه قليا اذا شويته حتى تنضجه و كذلك الحب يقلى على المقلى. ابن السكيت: يقال قلوت البر و البسر و بعضهم يقول قليت و لا يكون في البغض إلا قليت. الكسائي: قليت الحب على المقلى و قلوته.

و العلكة بالمسوسة قال و يجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى

و المقلية المبغضة و طعنهم عليه خطأ لأن محمداً رحمه الله تعالى كان من الفصحاء في اللغة و هذا اللفظ جآء بياء و واو يقال قليت السويق و اللحم فهي مقلي و قلوته فهو مقلو لغة كذا قاله (١) الجوهري غاية ما في الباب أن محمداً رحمه الله تعالى ذكر الياء لأنه كان هذا معروفا عندهم. (و العلكة بالمسوسة) يعني لا يجوز أيضاً و الحنطة (٢) العلكة بفتح العين المهملة و كسر اللام الجيدة. و قال ابن دريد طعام علك متين المضغة و هي التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع و الحنطة (٣) المسوسة المدودة يقال سوس الطعام إذا دود من السوس و هو الذي يقع في الصوف و الثياب و الطعام يقال حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة. و فى الكافي بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح لعدم التساوي بينهما لاكتناز أحدهما و تخلخل الآخر و بيع العلكة بالمسوسة يجوز لوجود التساوى بينهما. و في الذخيرة بيع المقلية بالمقلية يجوز متساوياً للمجانسة بينهما في كل وجه و لكن ذكر في المبسوط أنه لا يجوز و الله أعلم بصحته. (و يجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) و به (٤) قال المزني و قال الشافعي (٥) و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى لا يجوز بيع اللحم بالحيوان

(١)قاله الجوهري فى الصحاح ص٢٤٦٦ ج٦. (٢)و الحنطة العلكة الخ. و فى لسان العرب ص ٤٧٠ ج ١٠. علك الشيء يعلكه (من باب نصر) و يعلكه (من باب ضرب) علكا (بفتح العين و سكون اللام): مضغه و لجلجه. و طعام عالك و علك (بفتح العين و كسر اللام): متين المضغة. و فى المغرب ص ٨٠ ج٢. حنطة علكة (بفتح العين و كسر اللام): تتلزج كالعلك من جودتها و صلابتها. (٣)الحنطة المسوسة الخ. و فى لسان العرب مادة سوس ص١٠٧ ج٦. السوس (بالضم) و الساس: لغتان وهما العثة (بضم العين مع تشديد الثاء المثلثة) التى تقع فى الصوف و الثياب و الطعام. الكسائي: ساس الطعام يساس و أساس يسيس و سوّس يسوس (من باب تفعيل) اذا وقع فيه السوس. و فى المغرب ص٤٢١ ج١. السوسة (بالضم): العثة و هى دودة تقع في الصوف و الثياب و الطعام و منه قوله: حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة. (٤)و به قال المزني كذا فى شرح الوجيز ص٩٨ ج٤. (٥)و قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى الخ. و فى المغني لابن قدامة الحنبلي ص١٤٦ ج٤. لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه و هو مذهب مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى و قول الفقهاء السبعة رحمهم الله تعالى و حكى عن مالك رحمه الله تعالى أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم و يجوز بغيره و قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى يجوز مطلقاً اه اقول و للجمهور ما رواه مالك في المؤطا في البيوع بيع الحيوان باللحم ص٥٩٣. عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم اه. و الجواب عنه أنه محمول على بيع الحيوان باللحم نسيئة بدليل ما رواه مالك رحمه الله تعالى فى المؤطا ص٥٩٣. عن داود الحصين انه سمع سعيد بن المسيب يقول من ميسر أهل الجاهلية بيع اللحم بالشاة و الشاتين اه. و الميسر مفسر =>

و قال محمد رحمه الله تعالى إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم و الباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط

لا بطريق الإعتبار و لا بغيره (و قال محمد رحمه الله تعالى إذا باعه) أي إذا باع اللحم (بلحم من جنسه لا يجوز) قيد به لأنه إذا باع اللحم بلحم من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر بلحم الشاة فإنه يجوز بالإجماع من غير اعتبار القلة و الكثرة. (إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر) أي اللحم الخالص الصافي أكثر من اللحم الذي في الشاة (ليكون اللحم) الذي هو المفرز (بمقابلة ما فيه) أي في الحيوان (من اللحم و الباقي بمقابلة السقط) بفتح السين و القاف و هو ما لا ينطلق عليه اسم اللحم كالجلد و الكرش و الامعاء و الطحال (إذ لو لم يكن كذلك) أي اذ لو لم يكن اللحم المفرز أكثر (يتحقق الربا من حيث زيادة السقط) هذا على تقدير أن يكون اللحم المفرز مثل

=> بالقمار و هو لا يكون إلا نسيئة و بدليل ما رواه الطبراني عن عبيد بن نضلة الخزاعي قال أصاب الناس جهد شديد على عهد رسول الله ﷺ قال فعشر رجل بعيرا له عشرا ثم قال من أحب أن يأخذ من هذا اللحم بقلوص إلى حبل الحبلة قال فأخذ ناس فبلغ ذلك النبي ﷺ فأمر أن يرد فرد البيع. و هو مرسل و رجاله رجال الصحيح و في رواية له عنه أن رجلا نحر جزورا فاشترى منه رجل عشيرا بحقه فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فرده. قال أبونعيم قال فيه بعض أصحابنا عن سفيان "إلى أجل" و رجاله رجال الصحيح كذا في مجمع الزوائد ص ١٠٤ ج٤. فهذا هو الذى نهى عنه رسول الله ﷺ من بيع اللحم بالحيوان لا كما قاله مالك و الشافعي و محمد رحمهم الله تعالى. و أما ما رواه الشافعي رحمه الله تعالى فى الأم عن ابراهيم بن أبى يحيى عن صالح مولى التوأمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه: أن جزورا نحرت على عهد أبى بكر رضى الله تعالى عنه فجآء رجل بعناق فقال: أعطونى منها فقال أبوبكر رضى الله تعالى عنه لا يصلح هذا. التلخيص الحبير (ص٢٣٦) فابراهيم بن أبى يحيى مكشوف الحال عند المحدثين و ان سلمنا فلعل الجزور كان من إبل الصدقة فكره أبوبكر رضى الله تعالى عنه بيع لحمه لأنه إنما نحر ليتصدق به على الفقراء فلهذا قال: "لا يصلح". المبسوط (ص١٨١ ج١٢) أو كان من الأضحية و لا يجوز بيع لحم أضحية عندنا كما سيأتي. و رواه البيهقي فى سننه عن أبى بكر رضى الله تعالى عنه بهذا الاسناد بلفظ: أنه كره بيع الحيوان باللحم. و هو مختصر مما ذكره الشافعي رحمه الله تعالى فى الأم و إلا فهو محمول على ما حملنا عليه أثر سعيد بن المسيب فافهم و روى ابن حزم من طريق حماد بن سلمة: ثنا عبد الكريم عن يزيد بن طلق أن رجلا نحر جزورا فجعل يبيع العضو بالشاة و بالقلوص إلى أجل فكره ذلك ابن عمر رضى الله تعالى عنه و من طريق وكيع: نا اسرائيل عن عبد الله بن عصمة سمعت ابن عباس رضى الله تعالى عنه و سئل عمن اشترى عضوا من جزور قد نحرت برجل عناق و شرط على صاحبها أن يرضعها حتى تفطم؟ فقال ابن عباس رضى الله تعالى عنه لا يصلح. قال و روينا من طريق عبد الرزاق: نا معمر عن يحيى بن أبى كثير عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال: لا بأس أن يباع اللحم بالشاة. فان قيل هذا عن رجل؟ قلنا: و خبر أبى بكر رضى الله تعالى عنه عن أبى يحيى و ليس بأوثق ممن سكت عنه كائنا من كان و من طريق عبد الرزاق عن سفيان الثورى: لا بأس بالشاة القائمة بالمذبوحة اه ص٥١٨ ج٨. كذا فى اعلاء السنن ص٣٢٦ ج١٤.

أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم. و لهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة و لا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة و يثقل أخرى بخلاف تلك المسألة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه و بين الثجير و يوزن الثجير. قال و يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

ما في الحيوان من اللحم (أو من حيث زيادة اللحم) هذا على تقدير أن يكون اللحم الخالص أقل (فصار كالحل) بفتح الحاء المهملة و تشديد اللام و هو دهن السمسم فلا يجوز بيعه (بالسمسم) بالاتفاق إلا إذا كان الحل اكثر من الدهن الذي في السمسم. (و لهما) أى لأبى حنيفة و ابى يوسف رحمهما الله تعالى (أنه) أي أن البائع (باع الموزون) و هو اللحم (بما ليس بموزون) و هو الشاة فصح كبيع السيف بالحديد (لأن الحيوان لا يوزن عادة) لأن الموزون حقيقة ما يمكن معرفة مقدار ثقله بالوزن و هذا لا يتحقق في لحم الشاة الحية و هو معنى قوله (و لا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه) أي لأن الحيوان (يخفف نفسه مرة و يثقل أخرى) باختصاصه يضرب قوة فيه فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو أثقلت. (بخلاف تلك المسألة) أشار به إلى مسألة الحل بالسمسم (لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه و بين الثجير) بفتح الثاء المثلثة و كسر الجيم و سكون الياء آخر الحروف و بالراء و هو ثفل كل ما يعصر كذا في (١) المجمل (و يوزن الثجير) فيقع التمييز بينه و بين الدهن. (قال) أي القدوري في مختصره (و يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) تفرد (٢) به أبو حنيفة رحمه الله تعالى بالقول بالجواز لأن الباقين من أهل العلم لا يجوزون و فيهم أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و أشار إليه بقوله

---

(١)كذا في المجمل. و في لسان العرب مادة ثجر ص١٠٠ ج٤. الليث: الثجير ما عصر من العنب فجرت سلافته و بقيت عصارته فهو الثجير (أقول قوله "فهو الثجير" لا حاجة له كما لا يخفى). و يقال: الثجير ثفل البسر يخلط بالتمر فينتبذ. و الثجير: ثفل كل شيء يعصر. و العامة تقوله بالتاء. اه ملخصا. (٢)تفرد به الخ. أقول قال العيني في شرح الطحاوي إن أبا حنيفة و المزني و داود و أبا ثور رحمهم الله تعالى قالوا يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل لأنهما نوع واحد و هو اختيار أبي جعفر الطحاوي و لا يجوز عنده النسيئة في ذلك و ان كان مثلا بمثل. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص١٣٢ ج٤. قال (و لا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه إلا العرايا). أراد الرطب مما يجرى فيه الربا كالرطب بالتمر و العنب بالزبيب و اللبن بالجبن و الحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة أو المقلية بالنيئة و نحو ذلك و به قال سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه و سعيد بن المسيب و الليث و مالك و الشافعي و اسحاق و أبو يوسف و محمد رحمهم الله تعالى و قال ابن عبد البر جمهور علماء المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يجوز ذلك.

و قالا لا يجوز لقوله عليه الصلاة و السلام حين سئل عنه أو ينقص إذا جف فقيل نعم فقال عليه الصلاة و السلام لا إذا. و له أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة و السلام حين أهدى إليه رطباً أو كل تمر خيبر هكذا سماه تمراً

(و قالا لا يجوز) و أجمعوا على أن بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (حين سئل عنه) أي عن بيع الرطب بالتمر (أو ينقص إذا جف فقيل نعم فقال عليه الصلاة و السلام لا إذاً) هذا رواه (١) مالك رحمه الله تعالى في المؤطأ و الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى في سننهم عن زيد أبي عياش عن سعد بن ابي وقاص رضي الله تعالى عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يسئل عن اشتراء التمر بالرطب فقال رسول الله ﷺ أينقص الرطب إذا يبس فقالوا نعم فنهاه عن ذلك. فإن قلت (٢) قال الخطابيّ و قد تكلم بعض الناس في إسناد هذا الحديث و قال زيد أبوعياشّ مجهول. قلت ليس كذلك فإن أبا عياشّ هذا مولى لبني زهرة معروف و قد ذكره مالك رحمه الله تعالى في المؤطأ و أخرج حديثه مع شدة تحريه في الرجال و نقده و تتبعه لأحوالهم و لما أخرجه الترمذيّ قال حديث حسن صحيح و رواه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده و ابن حبانّ في صحيحه و الحاكمّ في مستدركه و لفظهما أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال أينقص الرطب إذا جف قالوا نعم قال فلا إذن. و قال الحاكمّ هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقلّ على إمامة مالك بن أنسّ و أنه محكم لكل ما يرويه في الحديث. (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (حين أهدى إليه رطباً أو كل تمر خيبر هكذا سماه تمراً) أي سمى النبي ﷺ الرطب تمراً قلت هذا الحديث رواه (٣) البخاريّ عن أبي هريرة و أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنهما في أربعة مواضع

(١)رواه مالكّ في البيوع ما يكره من بيع الثمر ص٥٧٧ و أبوداودّ فيه باب في التمر بالتمر ص١٢١ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء في النهي عن المحاقلة و المزابنة ص١٤٧ ج١ و النسائيّ فيه اشتراء التمر بالرطب ص٢١٨ ج٢ و ابن ماجةّ في التجارات باب بيع الرطب بالتمر ص١٦٥. (٢)فان قلت الخ. كذا في نصب الراية ص٤١ ج٤.
(٣)رواه البخاريّ في البيوع باب اذا أراد بيع تمر بتمر خير منه ص٢٩٣ ج١ و في الوكالة باب الوكالة في الصرف و الميزان ص٣٠٨ ج١ و في المغازي باب استعمال النبي ﷺ على أهل خيبر ص٦٠٩ ج٢ و في الاعتصام باب اذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ الخ ص١٠٩٢ ج٢ و مسلمّ في البيوع باب الربا ص٢٦ ج٢. قال العلامة الكاسانيّ في البدائع ص١٨٨ ج٥. و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى الكتاب الكريم و السنة المشهورة أما الكتاب فعمومات البيع (فلا يحكم بحرمة بيع إلا بنص مثله) و أما السنة المشهورة فحديث أبي سعيد الخدري و عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنهما حيث جوز رسول الله ﷺ بيع الحنطة بالحنطة و الشعير بالشعير و التمر بالتمر مثلا بمثل عاما مطلقاً من غير تخصيص و تقييد و لا شك أن اسم الحنطة و الشعير يقع على كل جنس الحنطة =>

و بيع التمر بمثله جائز لما روينا و لانه كان تمراً جاز البيع بأول الحديث و إن كان غير تمر فبآخره و هو قوله عليه الصلاة و السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم و مدار ما رواه

من صحيحه و ليس فيها ذكر الرطب لأن لفظه أن النبي ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ اكل تمر خيبر هكذا قال لا و الله يا رسول الله... الحديث و لأجل ذلك قال الأترازي حين ذكر الحديث على ما في الكتاب فيه نظر لأن الهدية كانت تمراً و السغناقي و الكاكي و الاكمل لم يتحروا فى هذا و نقلوا مثل ما في الكتاب و الآفة في ذلك عدم مراجعتهم إلى كتب الحديث. (و بيع التمر بمثله جائز لما روينا) و هو قوله عليه الصلاة و السلام التمر بالتمر مثلا بمثل و قد مضي في حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه و غيره (و لأنه) اي لأن الرطب (لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث) يعني الحديث الذي مضى فإن في أوله التمر بالتمر (و إن كان) أي الرطب (غير تمر فبآخره) أي فبآخر الحديث (و هو قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) قد ذكرنا في أوائل البيوع أن هذا الحديث بهذا اللفظ غريب و لكن روى مسلم و الأربعة رحمهم الله تعالى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه و فى آخره و إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد. (و مدار ما رواه) هذا (١) جواب من جهة أبي حنيفة رحمه الله تعالى

=> و الشعير على اختلاف أنواعهما و أوصافهما و كذلك اسم التمر يقع على الرطب و البسر لأنه اسم لثمر النخل لغة فيدخل فيه الرطب و اليابس و المذنب و البسر و المنقع. و أما الحديث (الذي احتج به الجمهور) فمداره على زيد بن عياش و هو ضعيف (لجهالته) عند النقلة فلا يقبل فى معارضة الكتاب و السنة المشهورة و لهذا لم يقبله أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى المناظرة فى معارضة الحديث المشهور مع أنه كان من صيارفة الحديث و كان من مذهبه تقديم الخبر و إن كان فى جد الآحاد على القياس بعد أن كان راويه عدلا ظاهر العدالة أو يؤوله فيحمل على بيع الرطب بالتمر نسيئة توفيقا بين الدلائل و الله تعالى أعلم اه. (١)هذا جواب الخ. قال العلامة العثمانى في إعلاء السنن ص ٣٣١ ج ١٤. و أما ما أجاب عن الحديث بأن زيدا مما لا يقبل حديثه لأنه مجهول فأوردوا عليه بأنه إن أراد أنه مجهول العين فلا يصح لأنه روى عنه ثقتان عبد الله بن يزيد و عمران بن أبي أنس و هما رجال مسلم و إن أراد أنه مجهول الحال فلا يصح أيضاً لأنه إن لم يعرفه أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقد عرفه الأئمة ذكره ابن حبان في ثقات صحح الترمذى و ابن حبان و ابن خزيمة حديثه المذكور و قال الدارقطنى: ثقة ثبت و قال الحاكم في المستدرك: هذا حديث صحيح لإجماع أئمة أهل النقل على إمامة مالك و أنه محكم فى كل ما يرويه إذا لم يوجد فى روايته إلا الصحيح خصوصاً فى حديث أهل المدينة. و الجواب عنه أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لم يتفرد بتجهيله بل وافقه عليه آخرون و لم يعتمدوا على رواية مالك عنه فى هذا الباب و قال الحاكم نفسه فى المستدرك: لم يخرجاه لما خشيا من جهالة زيد و قال ابن حزم: إنه مجهول و قال الطبرى فى تهذيب الآثار: علل الخبر بأن زيدا انفرد به و هو غير معروف فى نقلة العلم و طعن فى الحديث أيضاً عبد الحق و قال ابن عبد البر: و أما زيد فقيل: إنه مجهول =>

....

....

=> و قيل إنه أبو عياش الزرقيّ اه فلم يتعين عنده من هو؟ و قال الطحاويّ: قيل فيه: أبو عياش الزرقي و هو محال لأن أبا عياش الزرقيّ من أجلة الصحابة لم يدركه ابن يزيد و قال ابن حجر: قد فرق أبو أحمد الحاكم بين زيد أبي عياش الزرقي الصحابي رضي الله تعالى عنه و بين زيد أبي عياش الزرقي التابعيّ و أما البخاريّ فلم يذكر التابعي جملة بل قال: زيد أبو عياش هو زيد بن الصامت من صغار الصحابة رضي الله تعالى عنهم اه. فتلخص منه أن زيدا المذكور لم يتعين عند هؤلاء الأئمة و لم يعرفوه أنه من هو؟ و إن عرفه الأئمة فحديثه حجة عليهم لا على أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإنه لم يعرفه و هو إمام مجتهد لا يجب عليه تقليد من عرفه و الذين صححوا حديثه فقد اعتمدوا على مالك فقط و بعد تسليم أنه معروف فالجواب عنه من وجوه: أحدها ما أجاب به الطحاويّ و قال اختلف فيه على عبد الله بن يزيد فرواه عنه مالك و أسامة كما في الموطأ و رواه عنه يحيى بن أبي كثير: أنه نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة و رواه عمران بن أبي أنس عن مولى بني مخزوم أنه سأل سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه عن الرجل يسلف الرجل الرطب بالتمر إلى أجل؟ فقال سعد: نهانا رسول الله ﷺ عن هذا، ثم قال فكان ينبغي في تصحيح معاني الآثار أن يكون حديث عبد الله بن يزيد لما اختلف عنه فيه أن يرتفع و يثبت حديث عمران هذا فيكون هذا النهي الذي جاء في حديث سعد رضي الله تعالى عنه هذا إنما هو لعلة النسيئة لا بغير ذلك اه، و أورد عليه أنه اختلف فيه على عمران أيضاً؟ فإنه رواه مخرمة بن بكير عن أبيه عن عمران عن أبي عياش مثل ما رواه مالك عن عبد الله أخرجه البيهقيّ في سننه فلا يفيده روايته. و ثانيها: ما أجاب به ابن التركماني في الجوهر النقي: أنه مضطرب سندا و متنا اضطراباً شديداً لأن أبا عياشٍ يروي عنه عبد الله بن يزيد و عمران بن أبي أنس و عبد الله يروي عنه مالك بنحوه ما ذكرنا و يخالفه يحيى فيروي عنه أنه نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة، و أما عمران فيروي عنه مخرمة بن بكير عن أبيه ما يرويه مالك و يروي عنه عمرو بن الحارث عن بكير مثل ما يرويه عنه يحيى، ثم مالك قد يرويه عن عبد الله و قد يرويه عن داود بن حصين عن عبد الله ثم إسماعيل قد يرويه عن عبد الله و يقول: عن أبي عياش مولى بني زهرة و قد يرويه عنه و يقول عن أبي عياش الزرقي أخرجه الطحاوي و قال: إنه محال أبو عياش الزرقي صحابي جليل رضي الله تعالى عنه و ليس في سن عبدالله بن يزيد لقاء مثله ثم أسامة بن زيد قد يرويه مثل ما رواه مالك عن عبد الله و قد يرويه عنه عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن بعض أصحاب النبي ﷺ و قد يرويه عنه عن أبي عياش عن سعد موقوفاً و يظهر من هذا كله أن الحديث قد اضطرب اضطراباً شديداً في سنده و متنه و زيد مع الاختلاف فيه مجهول كذا قاله ابن حزم و غيره فالحديث لا يصلح للاحتجاج انتهى ما في الجوهر النقي ملخصاً (٢: ٩). و أجيب عنه بترجيح ما رواه مالك للاتفاق على إمامته و تثبته و إحكام ما يرويه و الاختلاف عليه إن ثبت فهو لا يضر لأنه يمكن أن يكون الرواية عنده من طريقين و يدل على تثبته و إحكامه أنه لم يضطرب في الرواية كما اضطرب فيه غيره و الجواب عنه أنه يشاركه فيه يحيى أيضاً فإنه لم يضطرب في روايته أيضاً. و أيضاً: فلا نسلم أن مالكا لم يضطرب فإن مالكا و إسماعيل بن أمية روياه عن عبيد الله بن يزيد عن زيد بن أبي عياش عن سعد و قال مالك مرة: زيادة أبي عياش مولى بني زهرة و هو رجل مجهول بالمرة لا يدرى من هو؟ كذا في المحلى (٨: ٤٦٦) و إن سلمنا صحته فهو محمول عندنا على بيع الرطب في رؤوس النخل بتمر كيلا و هو فاسد لانعدام الكيل في الرطب و دليل ذلك قيام الإجماع على اشتراط المساواة في الربويات المجانسات وقت البيع لا فيما بعده =>

....

....

=> و من هنا قالوا بجواز بيع التمر الحديث بالتمر القديم كيلا بكيل يدا بيد و هو ينقص عنه فيما بعد و كذا ببيع مدين من تمر جيد غاية الجودة بمدين من تمر ردىء غاية الرداءة كيلا بكيل و هو ينقص فيما بعد و كذا ببيع صاع من حنطة جيدة رطبة بصاع حنطة قديمة يابسة قد أكلها السوس و إذا كان كذلك فلا معنى لقوله ﷺ أينقص الرطب إذا يبس، إلا إذا كان محمولا على بيع الرطب في رؤوس النخل بتمر مجذوذ كيلا. و حاصله: أن الكيل إذا لم يجر في الرطب وقت البيع لا يحصل المساواة بينه و بين التمر بكيله بعد الجذاذ لنقصانه فيما بعد بلا شك و هذا منه تنبيه على ظهور الخطأ في الخرص و الظن في مثل هذه الصورة قطعاً فلا دلالة فيه على جواز بيع التمر في رأس النخل بتمر مجذوذ كيلا فإن الخرص و إن كان لا يخطىء فيه قطعاً و لكنه يخطىء ظنا و لا أقل من أن يزيد أحدهما على الآخر في بيع الربويات المجانسات من العلم بالمساواة كيلا بكيل يدا بيد بدليل الآثار المتواترة في هذا الباب.

و يؤيد ما قلنا ما رواه ابن حزم من طريق ابن وهب: أخبرني ابن جريج عن عطاء و أبي الزبير عن جابر رضي الله تعالى عنه قال: نهى رسول الله عن بيع الثمر حتى يطيب و لا يباع شيء منه إلا بالدنانير و الدراهم، و رواه أيضاً من طريق سفيان بن عيينة عن ابن جريج عن عطاء عن جابر رضي الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ و قال: هذاخبر في غاية الصحة و ما نعلم أحدا منع من بيع الثمر بغير الدنانير و الدراهم اه (٨: ٤٦٦) فقوله: نهى عن بيع الثمر حتى يطيب، صريح في أنه أراد الثمر في رؤوس النخل و قوله: و لا يباع إلا بالدراهم و الدنانير، أي لا يباع ما دام في رأس النخل إلا بغير جنسه و لا يباع بتمر مجذوذ كيلا لقيام الإجماع على جواز بيع الرطب من التمر و التين و العنب باليابس من غير جنسه فخصوصية الدراهم و الدنانير ليست بمرادة و إنما المراد أن لا يباع ما في رؤوس الأشجار من المكيل و الموزون بجنسه مجذوذا مكايلة أو موزانة. و يؤيدنا أيضاً ما رواه ابن أبي شيبة: نا ابن المبارك عن عثمان بن حكيم عن عطاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال التمر بالتمر على رؤوس النخل مكايلة إن كان بينهما دينار أو عشرة دراهم، فلا بأس به و هذا خبر صحيح و عثمان بن حكيم ثقة و سائر من فيه أئمة أعلام كذا في المحلى (٨:٠ ٤٦). و بهذا يخرج الجواب عما رواه البيهقي في سننه عن عبد الله بن أبي سلمة أن رسول الله ﷺ سئل عن رطب بتمر؟ فقال: أينقص الرطب إذا يبس قالوا نعم فقال لا يباع رطب بيابس، قال البيهقي: و هذا مرسل جيد شاهد لما تقدم (٥: ٢٩٥). و تقرير الجواب أن عمومه مخصوص بالإجماع و إلا لم يجز بيع الرطب بعنب يابس و لا بيع الرطب من التين بيابس من التمر و هو جائز بلا خلاف فإن حمله الجمهور على رطب بيابس من جنسه فلأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن يحمله على رطب في رأس النخل بتمر مجذوذ بدليل ما مر من الآثار و بدليل ما رواه الشيخان عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال لا تبايعوا التمر حتى يبدو صلاحه و لا تبيعوا الثمر بالتمر. و في لفظ صححه ابن حزم من طريق ابن عمر رضي الله تعالى عنه: نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة و المزابنة أن يباع ما في رؤوس النخل من ثمر بتمر مسمى بكيل إن زاد فلي و إن نقص فعلي (٨: ٩٩). و رواه مسلم من طريق عبيدالله عن نافع بلفظ و المزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا و بيع العنب بالزبيب كيلا و بيع الزرع بالحنطة كيلا (فتح الباري ٤: ٣٦٠) و أخرجه ابن حزم في المحلى بلفظ: و المزابنة اشتراء الثمر بالتمر و اشتراء العنب بالزبيب كيلا و بلفظ: بيع الكرم بالزبيب كيلا (٨: ٤٦٠) فحمله على النهي عن بيع الرطب بالتمر مطلقا سواء كان في رأس النخل أولا و لا يخفى بطلانه فإن الحديث واحد فلا بد من أخذ الزيادة =>

....

....

=> التي زادها الثقات و قد وقع التصريح في لفظ مسلم بلفظ: تمر النخل بالتمر كيلا و ببيع الزرع بالحنطة كيلا و عليه يحمل قوله: و اشتراء العنب بالزبيب كيلا أى العنب الذى فى رأس الكرم فبيع الرطب المجذوذ باليابس منه ليس من المزابنة فى شيء و إنما المزابنة بيع الرطب فى رؤوس النخل بالتمر كذا فى المجمع عن النهاية (١٠: ٥٧). و وقع التصريح بذلك فى حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه رواه مالك: ثنا داود بن الحصين أن أبا سفيان مولى ابن أحمد أخبره أنه سمع أبا سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه يقول: نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة و المحاقلة و المزابنة اشتراء الثمر فى رؤوس النخل بالتمر الحديث. قال محمد رحمه الله تعالى فى الموطأ: المزابنة عندنا اشتراء الثمر فى رؤوس النخل بالتمر كيلا اه. (٣٣٦) فحديث زيد بن عياش بعد صحته محمول على المزابنة لا غير و قد يطلق عليها بيع الرطب باليابس كما روى الدارقطنىؒ من طريق موسى بن عبيدة الربذى عن عبيدالله بن دينار عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة أن يباع الرطب باليابس (زيلعى ٢: ١٩٠) و موسى بن عبيدة لا حجة فيه و لكن المقصود إثبات إطلاق الرطب باليابس على المزابنة و هو من باب اللغة لا من باب الأحكام فلا بأس فيه بالاحتجاج بمثله. و قد ثبت بتصريح ابن عمر و أبى سعيد رضى الله تعالى عنهما و محمد بن الحسن رحمه الله تعالى و هو إمام فى اللغة، أن المزابنة لا تكون إلا فى بيع ما في رؤوس النخل بالتمر كيلا فيحمل على ذلك كل ما ورد فيه النهى عن بيع الرطب باليابس أو عن بيع الرطب بالتمر مطلقاً و العجب من ابن حزم و من وافقه أنهم كيف حملوا قوله: نهى عن بيع الثمر بالتمر فى حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه و سهل بن أبى حثمة عند مسلمؒ و فى حديث رافع بن خديج و أبى هريرة رضى الله تعالى عنهما عند غيره على بيع الرطب بالتمر مطلقاً و الثمر لا يطلق إلا على الرطب ما دام فى رأس النخلة و منه الحديث لا قطع فى ثمر و لا كثر، و قال في النهاية: الثمر الرطب ما دام فى رأس النخلة فإذا قطع فهو الرطب فإذا كنز فتمر و الثمرة واحد الثمر و يقع على كل الثمار و يغلب على ثمر النخل و الكثر الجمار كذا فى مجمع البحار (١: ١٦٦) و تأيد ذلك بما وقع فى بعض الطرق عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه و غيره تقييده بما فى رأس النخل فافهم.

الكلام فى حديث النهى عن بيع الرطب باليابس على طريقة المحدثين:

فائدة: طرق هذا الحديث كلها ترجع إلى زيد بن أبى عياش مولى بنى زهرة و يقال مولى بنى مخزوم و قيل: غير ذلك و رواه أبو داود من طريق يحيى بن ابى كثير روى هذا الحديث عن عبد الله بن عياش عن سعد، قال ابن عبدالبر: يقولون ان عبد الله بن عياش هذا هو أبو عياش الذى قاله مالك و قال ابن عبد البر فى كتاب الاستذكار و التمهيد بعد أن ذكر الخلاف فى جهالته: و قيل إن زيداً أبا عياش هذا هو أبو عياش الزرقى و أبو عياش الزرقى اسمه عند طائفة من أهل العلم بالحديث زيد بن الصامت و قيل: زيد النعمان و هو من صغار الصحابة رضى الله تعالى عنهم و ممن روى عنه ﷺ و شهد معه بعض مشاهده رواه ابن عبد البر من طريق ابن أبى عمر و هو العدنى عن سفيان بن عيينةؒ عن إسماعيل بن أميةؒ فقال فيه: الزرقى و هذه زيادة من عدل مثبت أنه هو الصحابى و كذلك رويناه فى سنن الشافعي عن سفيان بن عيينةؒ فاجتماع الشافعي و العدنى عن سفيان على ذلك دليل على أنه هو لكن ذلك مخالف لما اشتهر فى الروايات أنه مولى بنى زهرة و أحال الطحاوىؒ أن يكون أبوعياش هو الزرقى لأنه من جلة أصحاب النبى ﷺ لم يدركه عبد الله بن يزيد كذا فى شرح المهذب. (١٠-٤٢٤). قال شارح المهذب فإن كان هو إياه فقد كفيناه مؤنة الكلام و إلا فيكفى ما تقدم من توثيق الدارقطنىؒ له و حكم الأئمة بتصحيح حديثه اه =>

....

....

=> قلت: و كيف كفيته مؤنة الكلام؟ و إن كان هو الزرقي صار الحديث منقطعا لأن عبد الله بن يزيد لم يدركه كما قاله الطحاوي و هو إمام حافظ للحديث نقاد لصحيحه من الضعيف فلا يترك قوله ما لم ينص حافظ مثله على سماعه منه و أما قولك: و إلا فيكفي ما تقدم من توثيق الدارقطني له ففيه أن توثيقه يشعر بكون أبي عياش تابعياً لا صحابيا، فإن الصحابي مستغن عن التوثيق و هو خلاف ما قاله العدني و الشافعي عن سفيان بن عيينة رحمهما الله تعالى أنه الزرقي و قول سفيان يخالف قول مالك رحمه الله تعالى إنه: مولى بنى زهرة و هذا هو عين الاضطراب مرجعه إلى جهالة أبي عياش هذا. و أما تصحيح الأئمة حديثه فمبنى على قولهم: إن مالكا لا يروى عن رجل متروك الحديث و هذا من شأن مالك و عادته معلومة و لا يخفى أن هذا توثيق صمتي و مثله لا يكون حجة إلا على من قلد مالكاً دون غيره و قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إن زيد بن عياش هذا مجهول جرح مفسر فلا يقبل معارضه ما لم يكن مفسراً مثله كيف؟ و قد تأيد قوله باختلاف الثقات في تعيين الرجل فمنهم من يقول: هو الزرقي و منهم من يقول: مولى بني زهرة و بعضهم يقول مولى بني مخزوم و أما توثيق الدارقطني فلا يصلح أن يعارض جرح أبي حنيفة رحمه الله تعالى و أنى له أن يوثق أحدا من التابعين من غير أن يوثقه أحد من المتقدمين؟ و لم نر لأحد من المتقدمين فيه تعديلا و لا توثيقا مبهما و لا مفسرا غير ما يؤخذ من عادة مالك رحمه الله تعالى ضمنا و قد عارضه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الإمام مفسراً و صريحا. و ظني أن الدارقطني إنما وثقه على أصله الذي ذكرناه في المقدمة أن من روى عنه ثقتان فقد ارتفعت جهالته و ثبتت عدالته حكاه السخاوي عنه في فتح المغيث و خالفه الجمهور فقالوا: برواية عدلين ترتفع جهالة العين و لا تثبت به العدالة لا سيما إذا كان الثقتان قد اختلفا عليه و ههنا كذلك فإن عمران بن أبي أنس خالف عبد الله بن يزيد في موضعين: الأول: أنه جعله مولى بني مخزوم دون مولى زهرة. و الثاني أنه زاد في المتن نسيئة كما رواه يحيى بن أبي كثير أشار إليه أبو داود في سننه. و أخرجه الطحاوي في مشكله: حدثنا يونس ثنا ابن وهب أخبرني عمرو بن الحارث أن بكير بن عبدالله بن الأشج حدثه عن عمران بن أنس أن مولى بني مخزوم حدثه أنه سأل سعدا عن الرجل يسلف الرجل الرطب بالتمر إلى أجل؟ فقال سعد: نهانا رسول الله ﷺ عن هذا و هذا السند أجل من السند الذي يكره البيهقي (و فيه موافقة عمران بن أبي أنس لعبد الله بن يزيد في لفظ الحديث) فيونس هو ابن عبد الأعلى حافظ احتج به مسلم و هو أجل من الربيع و هو مرادي لأنه كان في عقله شيء حكاه ابن أبي حاتم عن النسائي و لم يخرج له صاحبا الصحيحين و عمرو بن الحارث المصري الراوي عن بكير حافظ جليل و هو أجل من مخرمة بن بكير بلا شك لأن مخرمة ضعفه ابن معين و غيره و قال ابن حنبل و ابن معين: لم يسمع من أبيه و إنما وقع له كتابه كذا في الجوهر النقي و صنيع أبي داود مشعر بأن عمران إنما وافق يحيى بن أبي كثير في المتن دون عبد الله بن يزيد فهو الصحيح و لا بد. فاندحض قول المنذري: و كيف يكون مجهولا و قد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن يزيد و عمران بن أبي أنس و هما ممن احتج به مسلم في صحيحه شرح المهذب (١٠: ٤٢٣) فإن رواية عمران قد أفسدت رواية ابن يزيد و زادت في زيد بن عياش جهالة على جهالة و في تهذيب الآثار للطبري علل الخبر بأن زيدا انفرد به و هو غير معروف في نقلة العلم كما في الجوهر النقي أيضاً (٥: ٢٩٥) و بهذا كله تبين قوة ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى الإمام أو أنه كما قال الشاعر:

إذا قالت حذام فصدقوها فإن القول ما قالت حذام

على زيد بن عياشٍ و هو ضعيف عند النقلة. قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف

عن الحديث الذي احتجا به و هو حديث سعد بن أبي وقاص رضى الله تعالى عنه المذكور أي مدار ما رواه أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى من حديث سعد رضى الله تعالى عنه (على زيد بن عياشٍ و هو ضعيف عند النقلة) أي نقلة الحديث و هذا ليس بصحيح بل هو ثقة عند النقلة و مضى الكلام فيه عن قريب و قال الأترازيّ و نقلوا التضعيف عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و لكن لم يصح ضعفه في كتب الحديث فمن ادعى فعليه البيان و قال الكاكيّ و فى المبسوط (١) دخل أبو حنيفة رحمه الله تعالى بغداد فسئل عن هذه المسألة و كانوا اشد يدا عليه لمخالفته الخبر فقال الرطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أو ليس بتمر إلى آخره فأورد عليه حديث سعد رضى الله تعالى عنه فقال مدار هذا الحديث على زيد بن عياش و هو ممن لا يقبل حديثه و استحسن منه أهل الحديث هذا الطعن حتى قال ابن المباركْ كيف يقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يعرف الحديث و هو يقول زيد ابن عياشٍ ممن لا يقبل حديثه. و قال (٢) الاكملُ سلمنا قوته فى الحديث يعني قوة زيد بن عياشٍ لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور ثم قال و اعترض بأن الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لأن المقلية إما أن تكون حنطة فيجوز بأول الحديث أو لا فيجوز بآخره فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم و الحجة لا تتم به بل بما بينا من إطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها إلى أن تدرك و الرطب اسم لنوع منه كالبرني و غيره. و قال الأترازيّ قوله و مدار ما روياه على زيد بن عياشٍ و المذكور في كتب الحديث زيد ابو عياشٍ قلت و هم فيه وظن ان ذكر المصنفْ بأنه ابن عياشٍ غير صحيح و ليس كذلك بل هو ابن عياشٍ و كنيته أبو عياش و لذلك و هم فيه الشيخ علاء الدين التركمانيّ و قال صاحب التنقيحْ زيد بن عياش أبو عياش الزرقي و يقال المخزومي و يقال مولى بني زهرة المدني ليس به بأس. (قال و كذلك بيع الزبيب بالعنب) أى كذلك الحكم فى البيع الزبيب بالعنب و فى أكثر النسخ و كذلك العنب بالزبيب (يعني على هذا (٣) الخلاف) فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يجوز إذا تساويا كيلاً و عندهما لا يجوز تساوياً أو تفاضلاً كما قال

=> و يرد قول المنذرى أيضاً: ما ذكرنا فى المقدمة أن المجهول عندنا هو من لم يعرف إلا بحديث أو حديثين و جهلت عدالته سواء انفرد بالرواية عنه واحد أم روى اثنان فصاعداً و لا يخفى أن زيد بن عياش ليس له إلا هذا الحديث الواحد لم يعرف له غيره فهو مجهول عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى بكل حال و إن روى عنه فئة من الرجال ما لم يثبت عدالته بتصريح أحد من أئمة الفن بأوضح مقال لا يجدى فى ذلك الاعتماد على العادة و لا الاستناد إلى قرائن الأحوال.

(١)المبسوط للسرخسيّ ص١٨٥ ج١٢. (٢)قال الأكملُ فى العناية ص١٦٨ ج٦. (٣)هذا الخلاف. =>

و الوجه فيه ما بيناه و قيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية. و الرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً عندنا لأنه بيع التمر بالتمر و كذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع

في الرطب بالتمر (و الوجه فيه) أي في بيع العنب بالزبيب (ما بيناه) في بيع الرطب بالتمر و هو أن الزبيب مع العنب إن كان جنساً واحداً جاز بيع أحدهما بالآخر متماثلاً كيلاً و إن كانا جنسين جاز أيضاً لقوله عليه الصلاة و السلام و إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد. (و قيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية) هذه (١) الرواية تقوي قول من قال الحجة إنما تتم بإطلاق اسم التمر عليه فإن النص لما ورد بإطلاق التمر على الرطب جعلا نوعاً واحداً فجاز البيع مثلاً بمثل و لم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعى المفسد كما في المقلية بغيرها. (و الرطب بالرطب) أى بيع الرطب بالرطب (يجوز متماثلاً كيلاً) أي من حيث الكيل (عندنا) و به قال (٢) مالك و أحمد و المزني رحمهم الله تعالى (لأنه بيع التمر بالتمر) و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز و كذا الخلاف في بيع العنب بالعنب و كذا في كل ثمرة لها حالة الجفاف كالتين و المشمش و الخوخ و البطيخ و الكمثرى الذين يفلقان و الرمان الحامض و الإجاص فعنده لا يجوز بيع رطبه برطبه كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه لأنه لا يعرف قدر النقصان منهما و قد يكون الناقص من أحدهما أكثر من الآخر كذا في شرح الوجيز (٣) و كذا لا يجوز عنده بيع الباقلاء الأخضر بمثله. (و كذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة) أي أو بيع الحنطة و الرطبة باليابسة (أو التمر) أي أو بيع التمر (أو الزبيب) أي أو بيع الزبيب (المنقع) بضم الميم و سكون النون و فتح القاف من أنقع الزبيب إذا ألقي في الخابية ليبتل و يخرج منه الحلاوة. قال الأترازي كذا قالوا بفتح القاف مخففاً و لكن المشهور بين الفقهاء منقع بالتشديد و عليه بيت المنظومة في باب محمد رحمه الله تعالى. قلت الأصل اثبات التشديد في اللغة و لم يثبت

=> و في العناية ص١٦٩ ج٦. و لعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى.
(١) هذه الرواية الخ. كذا في العناية ص١٧٠ ج٦. أقول فيه بحث فان تقويتها انما هي لاعتبار التفاوت الصنيعي اذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أولا بعد أن يكون من جنسه كذا في السعدية. (٢) و به قال مالك و احمد و المزني رحمهم الله تعالى كذا في شرح الوجيز ص٨٩ ج٤ و فتح القدير ص١٧٠ ج٦ و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص١٣٢ ج٤ (فصل) فأما بيع الرطب بالرطب و العنب بالعنب و نحوه من الرطب بمثله فيجوز مع التماثل في قول اكثر أهل العلم و منع منه الشافعي رحمه الله تعالى فيما ييبس فأما مالا ييبس كالقثاء و الخيار و نحوه فعلى قولين. (٣) شرح الوجيز ص٨٩ ج٤.

بالمنقع منهما متماثلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال و هو المآل. و أبو حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر في الحال و كذا أبو يوسف رحمه الله تعالى عملاً بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما

إلا من باب الإفعال فقال (١) الجوهريّ و أنقعت الدواء و غيره في الماء فهو منقع و نقع الماء ينقع نقوعاً أي اجتمع في المنقع و قال (٢) ابن الأثيرّ و في حديث الكرم تتخذونه زبيبا تنقعونه أي تخلطونه بالماء ليصير شراباً و كل من ألقي في ماء فقد أنقع يقال انقعت الدواء و غيره في الماء فهو منقع و النقوع بالفتح ما ينقع في الماء من الليل ليشرب نهاراً و بالعكس. و النقيع شراب يتخذ من زبيب أو غيره ينقع في الماء من غير طبخ (بالمنقع منهما) أي من التمر و الزبيب (متماثلا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز جميع ذلك) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و قال الإمام الحلوانيّ إن الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله تعالى أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا ابتلت الحنطة و انتفخت أما إذا لم تنتفخ بعد ذلك لكن بلت من ساعتها يجوز بيعها إذا تساويا كيلاً كذا في المحيط و الذخيرة. و في المبسوط (٣) و ذكر في بعض نسخ أبي حفص قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمهم الله تعالى و هو قوله الآخر أما قوله الأول كقول محمد رحمه الله تعالى (لأنه) أي لأن محمداً رحمه الله تعالى (يعتبر المساواة في أعدل الأحوال و هو المآل) و هو حالة الجفاف كما ذهب إليه في بيع الرطب بالتمر بحديث سعد رضى الله تعالى عنه إلا أن بيع الرطب بالرطب اعتبر فيه المساواة في الحال. (و أبو حنيفة رحمه الله تعالي يعتبر) أي يعتبر أعدل الأحوال (في الحال) عملاً بإطلاق الحديث المشهور و هو الحديث الذي اعتبر فيه المماثلة حالة البيع و هو حديث عبادة رضى الله تعالى عنه و غيره (و كذا أبو يوسف رحمه الله تعالى) أي و كذا يعتبر أبو يوسف رحمه الله تعالى أعدل الأحوال في الحال (عملاً بإطلاق الحديث) يرجع إلى قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى جميعاً (إلا أنه) أي أبا يوسف رحمه الله تعالى (ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى من بيان دليلهما و أراد به قوله عليه الصلاة و السلام أينقص إذا جف إلى آخر الحديث و هو حديث سعد بن أبي وقاص رضى الله تعالى عنه فبقي الباقي على القياس

---

(١) فقال الجوهريّ في الصحاح ص١٢٩٢ ج٣. (٢) قال ابن الأثيرّ في النهاية ص١٠٩ ج٥. و راجع للتفصيل لسان العرب مادة نقع ص٣٥٩ ج٨. (٣) المبسوط للسرخسيّ ص١٨٦ ج١٢.

و وجه الفرق لمحمد رحمه الله تعالى بين هذه الفصول و بين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد و في الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه و في الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الإسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر. و لو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لأن البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شآء من التمر إثنان بواحد لأنه ليس بتمر فإن

و المخصوص من القياس بالأثر لا يلحق به إلا ما كان في معناه و الحنطة الرطبة ليس في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة و في الحنطة غير مقصودة بل هو عيب فلهذا أخذ باليقاس. (و وجه الفرق لمحمد رحمه الله تعالى بين هذه الفصول) أراد بها بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة... إلى آخره (و بين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها) أي في هذه الفصول (يظهر) في المآل (مع بقاء البدلين على الإسم الذي عقد عليه العقد) أراد به بقاء اسم الحنطة و الزبيب و التمر بعد الجفاف فوجد التغيير في المعقود عليه فلا يجوز.(و في الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما) أي أحد البدلين (على ذلك) أي على اسم التمر (فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه) فيكون مفسداً للعقد (و في الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الإسم) أي اسم الرطب على البدلين (فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر) فيصح العقد (و لو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن البسر تمر) لأن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما ينعقد صورته و بيعه به متساوياً من حيث الكيل يداً بيد جاز بالإجماع (بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد) أي الكيلان من التمر بكيل من الكفرى و بالعكس يداً بيد. الكفرى (١) بضم الكاف و فتح الفاء و تشديد الراء مقصورا و هو اسم لوعاء الطلع. و في المغرب (٢) و هو كم النخل. و اشتقاقه من الكفر و هو الستر سمي به لأنه يستر ما في جوفه التمر. (لأنه) أي لأن الكفرى (ليس بتمر فإن

---

(١)الكفرى الخ. و في لسان العرب مادة كفر ص١٤٩ ج٥. الكفر (بفتحتين مع تخفيف الراء) و الكفرى (بضمتين) و الكفرى (بكسرتين) و الكفرى (بفتحتين) و الكفرى (بضم الكاف و فتح الفاء مع تشديد الراء مقصورا في كل واحد منها): وعاء طلع النخل و هو أيضاً الكافور و يقال له الكفرى و الجفرى (بضمتين في كل واحد منهما مع تشديد الراء مقصورا). قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: قال ابن الأعرابي سمعت أم رباح تقول هذه كفرى (بضمتين) و هذا كفرى (بضمتين) و كفرى (بفتحتين) و كفراه (بكسرتين) و كفراه (بضم الكاف و فتح الفاء) و قد قالوا فيه كافر، و جمع الكافور كوافير و جمع الكافر كوافر. و الكافور: الطلع. التهذيب: كافور الطلعة وعاؤها الذي ينشق عنها سمي كافوراً لأنه قد كفرها أي غطاها. كافور الكرم: الورق المغطّى لما في جوفه من العنقود. اهـ ملخصا. (٢)المغرب ص٢٢٥ ج٢.

هذا الإسم له من أول ما تنقعد صورته لا قبله و الكفرى عددي متفاوت حتى لو با ع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة. قال و لا يجوز بيع الزيتون بالزيت و السمسم بالشيرج حتى يكون الزيت و الشيرج أكثر مما في الزيتون و السمسم فيكون الدهن بمثله و الزيادة بالثجير لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون

هذا الإسم له) أي للتمر (من أول ما تنعقد صورته) يعني التمر اسم لما يخرج من النخل من حين ينعقد صورته إلى أن يدرك (لا قبله) أي لا قبل الكفرى (و الكفرى عددي متفاوت) فهذا (١) جواب إشكال يرد على قوله أنه ليس بتمر فإنه إذا لم يكن تمراً ينبغي أن يجوز اسلام التمر في الكفرى. فأجاب بقوله و الكفرى عددي متفاوت في الصغر و الكبر فلا يجوز ثم أوضح ذلك بقوله (حتى لو با ع التمر به) أي بالكفرى (نسيئة) أي إلى أجل (لا يجوز للجهالة) لتفاوت آحاده لأنه عددي متفاوت. (قال) أي القدوريّ في مختصره (و لا يجوز بيع الزيتون بالزيت و السمسم) أي و بيع السمسم (بالشيرج حتى يكون الزيت) في بيع الزيتون به (و الشيرج) أي و يكون الشيرج في بيع السمسم به (أكثر مما) يكون (في الزيتون) في بيعه بالزيت (و السمسم) في بيعه بالشيرج (فيكون الدهن بمثله) أي بمثل الدهن بيانه أن الدهن الخالص إذا كان أكثر من الدهن و الذى فى الزيتون أو السمسم يجوز لأن الدهن بالدهن (و الزيادة بالثجير) أي الزيادة من الدهن الخالص بمقابلة الثجير و هو الثفل (لأن عند ذلك) أي عند مقابلة الدهن بالدهن و مقابلة الزائد بالثجير (يعرى) أى العقد (عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون). قال تا ج الشريعةّ فإن قلت ينبغي أن يجوز بيع الدهن بالسمسم كيفما كان لأن السمسم كيلي و الدهن وزني قلت السمسم اشتمل على الدهن و هو المقصود منه و أنه وزني و التمييز ممكن فاعتبر الدهن الذى فيه احتياطاً. فإن قلت لما كان المقصود هو الدهن ينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً و ينصرف الكثير إلى الدهن تصحيحاً للعقد. قلت السمسم له صورة يقصد إليها و معنى و هو الدهن فإذا بيع بجنسه تعتبر الصورة فوجبت التسوية إذا بيع بالدهن يعتبر المعنى فيجب التسوية بين الدهن الخالص و بين الدهن الذي في السمسم عملاً بالشبهين. و في فتاوى (٢) قاضي خان إنما يشترط أن يكون الخالص أكثر اذا كان الثفل في البدل الآخر شيئا له قيمة أما إذا كان شيئا لا قيمة له كما في الزبد بعد إخراج السمن منه يجوز بالمثل مروى ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى. و قال زفرّ يجوز بيع الزيتون بالزيت و السمسم بالشيرج مع الجهالة بأنه أكثر منه أو أقل منه و قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز بيع الزيتون

---

(١) فهذا جواب الخ. نحوه في العناية و الكفاية ص ١٧٢ ج٦. (٢) فتاوى قاضي خان ص٤٠٧ ج٢. (٣) قال =>

و هذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساوياً له فالثجير و بعض الدهن أو الثجير وحده فضل و لو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا و الشبهة فيه كالحقيقة و الجوز بدهنه و اللبن بسمنه و العنب بعصيره و التمر بدبسه على هذا الاعتبار. و اختلفوا في القطن بغزله

بالزيت و السمسم بالشيرج أصلاً و كذا لا يجوز عنده بيع الجوز بدهنه و اللبن بسمنه و العنب بعصيره و التمر بدبسه. و في الكافي اعلم ان بيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه ان علم أن الزيت الذي في الزيتون أكثر من الزيت المنفصل لم يصح لتحقق الفضل الخالي عن العوض من حيث زيادة الدهن و الثجير و كذا إن علم أنه مثله لأن الثفل يكون فضلاً خاليا عن العوض و إن كان الزيت المنفصل أكثر جاز و الفضل بالثفل و هذه الثلاثة بالإجماع. و إن لم يعلم أنه مثله أو أكثر منه أو أقل منه صح عند زفرٌ و عندنا لا يصح. (و هذا) إيضاح لبيان ما قبله (لأن ما فيه) أي في الموزون (لو كان أكثر أو مساوياً له فالثجير و بعض الدهن) ينصرف إلى قوله لو كان اكثر (أو الثجير وحده) ينصرف الى قوله مساوياً له) و قوله (فضل) خبر لقوله فالثجير الخ فإذا كان فضلاً يكون خالياً عن العوض. (و لو لم يعلم مقدار ما فيه) أي ما في الموزون (لا يجوز لاحتمال الربا) لتوهم الفضل الذي هو كالمحقق في هذا الباب و هو معنى قوله (و الشبهة فيه كالحقيقة) للإحتياط (و الجوز بدهنه) كلام إضافي مبتدأ و قوله (و اللبن بسمنه و العنب بعصيره و التمر بدبسه) معطوفات على المبتدأ و قوله (على هذا الاعتبار) خبره يعني أن الدهن الخالص ينبغي أن يكون أكثر حتى يجوز بيانه أنه إذا كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في الجوز و السمن الخالص أكثر مما فى اللبن و العصير الخالص أكثر مما في العنب و الدبس الخالص اكثر مما في التمر جاز و إلا فلا. (و اختلفوا) أي المشايخٌ (في القطن بغزله) أي في بيع القطن بغزل القطن متساوياً وزناً. قال بعضهم يجوز. و قال بعضهم لا يجوز و إليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوىٌ لأن القطن ينقص اذا غزل فصار كالحنطة مع الدقيق و اتفقوا فى بيع القطن بالقطن أنه جائز و بيع المحلوج بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر جاز و إلا فلا. و في فتاوى (١) قاضى خان لا يجوز بيع الغزل بالقطن إلا متساوياً لأن أصلهما واحد و كلاهما موزون و ان خرجا من الوزن أو أحدهما من الوزن فلا بأس

=> الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و فى المغني لابن قدامة الحنبليٌ ص ١٥١ ج ٤. (فصل) و لا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذى فيه منه كالسمسم بالشيرج و الزيتون بالزيت و سائر الأدهان بأصولها و العصير بأصله كعصير العنب و الرمان و التفاح و السفرجل و قصب السكر لا يباع شيء منها بأصله و به قال الشافعي و ابن المنذر رحمهما الله تعالى. (١)فتاوى قاضى خان ص ٤٠٦ ج ٢.

و الكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع. قال و يجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً. و مراده لحم الإبل و البقر و الغنم فأما البقر و الجواميس جنس واحد و كذا المعز مع الضأن و كذا العراب مع البخاتي. قال و كذلك ألبان البقر و الغنم. و عن الشافعي رحمه الله تعالى

به واحدا باثنين و بيع الغزل بالثوب جائز على كل حال. و عن محمد رحمه الله تعالى أن بيع القطن بالغزل لا يجوز متفاضلاً و عنه (١) أنه يجوز مطلقاً. و في جمع العلوم بيع القطن بالغزل جائز كيفما كان على الأصح و قيل إنما يجوز بالاعتبار. (و الكرباس) أي و بيع الكرباس (بالقطن يجوز كيفما كان) يعني متساوياً أو غير متساو (بالإجماع) لاختلافهما من كل وجه لأن الكرباس بالصنعة صار شيئاً آخر. (قال) أي القدوريّ (و يجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً) و عن الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز بيع اللحوم المختلفة متفاضلاً. و في الوجيز (٢)و في لحوم الحيوانات قولان أصحهما أنها مختلفة (و مراده) أي مراد القدوريّ من قوله (لحم الإبل و البقر و الغنم فأما البقر و الجواميس جنس واحد و كذا المعز مع الضأن و كذا العراب مع البخاتي) يعني جنس واحد. و قال (٣) الجوهريّ الإبل العراب و الخيل العراب خلاف البخاتي و البراذين. و في المغرب (٤) يقال فرس عربيّ و خيل عراب فرقوا في الجمع بين الأناسي و البهائم و البخاتي جمع بختي منسوب إلى بخت نصر لأنه أول من جمع بين العربي و العجمي. و قال (٥) الجوهريّ البخت من الابل معرب و بعضهم يقول هو عربي الواحد و الأنثي بختية و جمعه بخاتي غير مصروف لأنه بزنة جمع الجمع و لك أن تخفف الياء. (قال) أي القدوريّ (و كذلك ألبان البقر و الغنم) يعني يصح بيع بعضها بالبعض متفاضلاً (و عن الشافعي رحمه الله تعالى

---

(١)و عنه الخ. و في الهندية معزيا الى النهر الفائق ص١١٩ ج٣. و لو باع القطن بغزله جاز عند محمد رحمه الله تعالى و هو أظهر و في الدر المختار معزيا الى الحاوى ص٤٢ ج٢. و هو الأصح و في الشامية ص٢٠٦ ج٤ و الفتوى عليه كما في الاختيار. (٢)و في الوجيز مع شرحه ص٩٥ ج٤. (٣)قال الجوهريّ في الصحاح مادة عرب ص١٧٩ ج١. (٤) و في المغرب للمطرزيّ ص٥٠ ج٢. (٥)قال الجوهريّ في الصحاح مادة بخت ص٢٤٣ ج١ و في لسان العرب ص٩ ج٢. البخت (بالضم فالسكون) و البختيّة (بالضم فالسكون): دخيل في العربية، أعجمي معرّب و هي الإبل الخراسانية تنتج من بين عربية و فالج. و بعضهم يقول: إن البخت عربي. الواحد: بختي، جمل بختي و ناقة بختية. البختية: الأنثي من الجمال البخت وهي جمال طوال الأعناق و يجمع على بخت (بالضم) و بخات (بفتحتين) و قيل: الجمع بخاتيّ غير مصروف و لك أن تخفف الياء فتقول البخاتي و الأثافي و المهارى و أما مساجديّ و المدائنيّ فمصروفان لأن الياء فيهما غير ثابتة في الواحد كما تصرف المهالبة و المسامعة اذا أدخلت عليها هاء النسب و يقال للذى يقتنيها و يستعملها: البخات (بفتح الباء مع تشديد الخاء المعجمة) و قيل في =>

لا يجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود.

لا يجوز لأنها) أي اللحمان و الألبان (جنس واحد لاتحاد المقصود) أي من اللحم و هو التغذي و التقوي و الاختلاف بعد ذلك يرجع إلى الوصف. و في كتبهم اللحمان أجناس و هو ظاهر المذهب و هو اختيار المزنيّ انتهى و قال (١) مالك رحمه الله تعالى اللحوم ثلاثة أجناس الطيور و الدواب

=> جمعها: بخاتي (بفتح الياء مع تخفيف الخاء) و بخات (بفتح الباء مع تخفيف الخاء). اه ملخصا. (١)قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح الوجيز ص٩٥ ج٤ و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص١٤٢ ج٤.

﴿مسئلة﴾ قال (و سائر اللحمان جنس واحد)

أراد جميع اللحم و جمعه و هو اسم جنس لاختلاف أنواعه. ظاهر كلام الخرقي ان اللحم كله جنس واحد و ذكره ابو الخطاب و ابن عقيل رواية عن أحمد و هو قول أبي ثور و أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى و أنكر القاضي أبو يعلى كون هذا رواية عن احمد رحمه الله تعالى و قال الانعام و الوحوش و الطير و دواب الماء أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة و انما في اللحم روايتان (احداهما) أنه أربعة اجناس كما ذكرنا و هو مذهب مالك رحمه الله تعالى الا أنه يجعل الانعام و الوحش جنسا واحدا فيكون عنده ثلاثة أصناف (و الثانية) أنه اجناس باختلاف أصوله و هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى و هي أصح لانها فروع أصول هي أجناس فكانت أجناسا كالادقة و الاخباز و هذا اختيار ابن عقيل و اختار القاضي أنها أربعة أجناس و حمل كلام الخرقي عليها و احتج بان لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها و القصد إلى أكلها فكانت أجناسا و هذا ضعيف جدا لأن كونها أجناساً لا يوجب حصرها في أربعة أجناس و لا نظير لهذا فيقاس عليه و لا يصح حمل كلام الخرقي عليه لعدم احتمال لفظه له و تصريحه في الأيمان بانه اذا حلف لا يأكل لحما فأكل من لحم الانعام أو الطائر أو السمك حنث فيتعين حمل كلامه على عمومه في أن جميع اللحم جنس لانه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنسا واحداً كالطلع و الصحيح أنه اجناس باختلاف أصوله و هذا الدليل ينتقض بالتمر الهندي و التمر البرني و عسل القصب و عسل النحل و غير ذلك فعلى هذا لحم الابل كله صنف بخاتيها و عرابها و البقر عرابها و جواميسها صنف و الغنم ضأنها و معزها صنف و يحتمل أن يكونا صنفين لان الله تعالى سماها في الازواج الثمانية فقال (ثمانية أزواج من الضأن اثنين و من المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الابل و البقر فقال (و من الابل اثنين و من البقر اثنين) و الوحش أصناف بقرها صنف و غنمها صنف و ظباؤها صنف و كل ما له اسم يخصه فهو صنف و الطيور أصناف كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف فيباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلاً و متماثلا و يباع بصفة متماثلا و من جعلها صنفا واحداً لم يجز عنده بيع لحم بلحم الا متماثلا. (فصل) و في اللبن روايتان (احداهما) هو جنس واحد لما ذكرنا في اللحم (و الثانية) هو اجناس باختلاف اصوله كاللحم و هذا مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و به قال مالك رحمه الله تعالى ان الانعام كلها جنس واحد و قال ابن عقيل لبن البقر الاهلية و الوحشية جنس واحد على الروايات كلها لان اسم البقر يشملهما و ليس بصحيح لان لحمها جنسان فكان لبنها جنسين كالابل و البقر و يجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا و كيف شاء يداً بيد و بجنسه متماثلا كيلا قال القاضيّ هو مكيل لا يباع الا بالكيل لانه العادة فيه و لا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين أو أحدهما حليب و الآخر حامض لان تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة و الرداءة و ان شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص و لا بمشوب من جنسه لان معه من غير جنسه لغير مصلحته. (فصل) و يتفرع من اللبن قسمان ما ليس فيه غيره كالزبد و السمن و المخيض و اللبأ و ما فيه غيره و كلاهما لا يجوز بيعه باللبن لانه مستخرج من اللبن فلم يجز بيعه بأصله =>

و لنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذا جزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة.

أهليها و وحشيها و البحريات و به قال أحمد رحمه الله تعالى في إحدى الروايتين و عنه روايتان أخريان رواية كقول الشافعي رحمه الله تعالى و رواية كقولنا. و في شرح الطحاوي و لو باع لحوم الشاة بشحمها أو بأليتها أو لحمها بصوفها يجوز ذلك كيفما كان و لا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما. و أما صوف الشاة مع شعر البقر جنسان مختلفان و لو باع بعضها ببعض متفاضلاً يجوز و لا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما و أما الرؤوس و الأكارع و الجلود يجوز يداً بيد كيفما كان و لا يجوز نسيئة لأنه لم يضبط بالوصف و لو باع لحم الابل بلحم الغنم أو بلحم البقر أو لبنها بلبن الغنم أو لبن البقر يجوز كيفما كان و لا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما. و في الإيضاح (١) روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلاً و إن كان من نوع واحد لأنه لا يوزن في العادة. (و لنا أن الأصول) أي أصول اللحمان (مختلفة) فكانت فروعها أجناساً و الدليل على أن أصولها مختلفة قوله (حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة) يعني لا يكمل نصاب البقر بالإبل و بالغنم (فكذا أجزاؤها) أي أجزاء الأصول (إذا لم تتبدل بالصنعة) فإذا تبدلت تصير جنسين بسبب تبدلهما بالصنعة و إن كان أصلهما واحداً كالوزاري و الزندنجي و الهروى مع المروي قال (٢) الأكمل فيه نظر لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها فكأنه يقول اختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة و أما إذا تبدلت فلا توجبه و إنما توجب الاتحاد فإن الصنعة كما تؤثر في تغير الأجناس مع اتحاد الأصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل و هو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الأصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد و الرصاص إذا كانت الفضة غالبة فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع

=> الذي فيه منه كالحيوان باللحم و السمسم بالشيرج و هذا مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى أنه يجوز بيع اللبن بالزبد اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن و هذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا و منع جوازه متماثلا اه ملخصا. (١) و في الايضاح الخ. و فى الهندية ص ١٢٠ ج٣. و لا بأس ببيع لحوم الطير واحد باثنين يدا بيد و لا خير فيه نسيئة كذا فى فتاوى قاضى خان. و روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه جوز بيع الطير بلحم الطير متفاضلا و ان كان من نوع واحد كذا فى الطحاوى. و لا بأس بأن يبيع دجاجة بدجاجتين مذبوحات مشويات كن أو نيات كذا فى مختار الفتاوى. و لا بأس بالسمك واحد باثنين لأنه لا يوزن فان كان جنس منه يوزن فلا خير فيما يوزن إلا مثلا بمثل كذا فى الظهيرية. و كل مصر لا يوزن فيه اللحم لا بأس بأن يباع طابق بطابقين و ينظر فى ذلك إلى حال أهل البلدة كذا فى فتاوى قاضى خان. (٢) قال الأكمل فى العناية ص ١٧٤ ج٦.

قال و كذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين أصليهما فكذا بين مائيهما و لهذا كان عصيراهما جنسين. و شعر المعز و صوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد. قال و كذا شحم البطن بالألية

اختلاف الأصول. (قال) أي القدوري (و كذا خل الدقل بخل العنب) يعني يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً يداً بيد و الدقل (١) بفتحتين أردأ التمر (للإختلاف بين أصليهما) لأن الدقل غير العنب (فكذا بين مائيهما) أي فكذا الاختلاف بين مائيهما (و لهذا) أي و لأجل الاختلاف بين مائيهما (كان عصيرهما جنسين) بإجماع الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى. فإن قلت لم خص خل الدقل و الحكم في خل كل تمر كذلك. قلت إجراء الكلام مجرى العادة لأنهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل. (و شعر المعز و صوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فإن الحبال الصلبة و المسوح إنما تتخذ من شعر المعز و اللفافة و اللبود تتخذ من صوف الغنم. فإن (٢) قلت الشاة و المعز جنس واحد و لهذا يكمل نصاب أحدهما بالآخر فينبغي أن تكون أجزاؤهما كذلك. قلت لما اختلف المقاصد في الأجزاء جعلت مختلفة كألية الشاة مع لحمها (و كذا(٣)شحم البطن بالألية) يعني يجوز بيع أحدهما

---

(١)الدقل الخ. و في المغرب ص٢٩٢ ج١. الدقل (بفتحتين) نوع من أردأ التمر. و في لسان العرب ص٢٤٦ ج١١. الدقل من التمر: معروف. قيل: هو أردأ أنواعه. واحدته دقلة (بفتحتين). و الدقل: ما لم يكن من التمر أجناسا معروفة. و الدقل أيضاً: ضرب من النخل، عن كراع و الجمع أدقال و قيل: الدقل جنس من النخل الخصاب. الأصمعي: الدقل من النخل يقال لها الألوان واحدها لون. قال الأزهري: و تمر الدقل ردئ إلا أن الدقل يكون ميقارا و من الدقل ما يكون تمره أحمر و منه ما تمره أسود و جرم تمره صغير و نواه كبير. (٢)فان قلت الخ. نحوه في الكفاية ص١٧٥ ج٦. و في فتح القدير: فان قيل بالنظر إلى اتحاد الاصل في الصوف و الشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا و بالنظر إلى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي أن لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما و تساويهما فيرجح المحرم و هذا ليس كذلك فانه لا يقاوم الصورة و ألزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر و الغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود و أجيب بمنع إتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن و لبن الإبل لا يتأتى منه ذلك و كذا أغراض الأكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر و يتضرر به دون الضأن و كذا في الابل. (٣)و كذا شحم الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص١٤٣ ج٤. (فصل) و اللحم و الشحم جنسان و الكبد صنف و الطحال صنف و القلب صنف و المخ صنف و يجوز بيع كل صنف بصنف آخر متفاضلا و قال القاضي لا يجوز بيع اللحم بالشحم و كره مالك ذلك الا أن يتماثلا و ظاهر المذهب إباحة البيع فيهما متماثلا و متفاضلا و هو قول أبي حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى لانهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كالذهب و الفضة و ان منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لان الشحم لا يظهر و ان كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لان السمين الذي يكون مع اللحم لحم عنده فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم =>

أو باللحم لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور و المعاني و المنافع اختلافاً فاحشاً. قال و يجوز بيع الخبز بالحنطة و الدقيق متفاضلاً لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه و الحنطة مكيلة. و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى

بالآخر متفاضلاً (أو باللحم) أي أو شحم البطن باللحم فكذلك يجوز (لأنها) أي لأن الشحم و الألية و اللحم (أجناس مختلفة لاختلاف الصور) جمع صورة و اختلافها ظاهر لأن (١) الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره و لا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء (و المعاني) أي و اختلاف المعاني فلأن حقيقة كل واحد من هذه الأشياء تخالف حقيقة الآخر و لهذا يقع على أحدها اسم الشحم و على الآخر اسم الألية و على الآخر اسم اللحم (و المنافع اختلافاً فاحشاً) أي و اختلاف المنافع اختلافاً فاحشاً بحسب اختلاف اللحوم و الشحوم و الأليات. فقال (٢) الأكملُ و اما اختلاف المنافع فكافله الطب و هذا قصور في حق الطالب أما الألية فانها حارة رطبة اكثر من الشحم تصلح لمن به برودة و يبوسة و تنفع العصب الجاسي وردية الغذاء و الهضم. و أما الشحم فمن ذكور الحيوانات اشد حرارة من شحم الإناث و شحم الخصي أشد تسخيناً فالجملة في هذا أن أصناف شحوم الحيوانات إنما تكون بحسب مزاجها و قوة كل شحم تسحق و ترطب بدن الإنسان و لكن إضافته قد تختلف في الزيادة و النقصان بحسب كل واحد من الحيوانات. و أما اللحم فإنه غذاء يقوي البدن و اللحوم الفاضلة هى لحوم الضأن و الثنى من العجاجيل و الماعز و لحوم الصغار منها أقبل للهضم و ألطف غذاء. و لحوم الهرم و العجيف ردئ و لحم الأسود أخف و ألذ و كذا لحم الذكر و في اللحم كلام كثير موضعه كتب الطب. (قال) أي القدوريّ (و يجوز بيع الخبز بالحنطة و الدقيق متفاضلاً) يعني إذا كان يداً بيد (لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه) بواسطة الصنعة (و الحنطة مكيلة) بالنص و كذا الدقيق باعتبار أنه جزء الحنطة المكيلة و من جعله وزنياً باعتبار العرف لم يثبت الجنسية بينه و بين الخبز فلم يجمعهما القدر من كل وجه فلم تتحقق علة الربا و هو وجود الوصفين. (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى

=> و ذكر القاضي أن اللحم الابيض الذي على ظاهر اللحم الاحمر هو و الاحمر جنس واحد و ان الالية و الشحم جنسان و ظاهر كلام الخرقي خلاف هذا لقوله ان اللحم لا يخلو من شحم و لو لم يكن هذا شحما لم يختلط لحم بشحم فعلي قوله كل ابيض في الحيوان يذوب بالاذابة و يصير دهنا فهو جنس واحد و هذا أصح لقوله تعالى ﴿حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما﴾ فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم و لانه يشبه الشحم فى ذوبه و لونه و مقصده فكان شحما كالذي في البطن. (١)لأن الصورة الخ. أقول فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعموم الصور لها و الأظهر أن المراد بالصور الأشكال كذا فى السعدية. (٢)فقال الأكملُ فى العناية ص١٧٥ ج٦.

أنه لا خير فيه و الفتوى على الأول و هذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً و إن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى

أنه لا خير فيه) أي في بيع الخبز بالحنطة و الدقيق يعني لا يجوز و هو نفي الجواز على وجه المبالغة لكونه نفي الجنس و هو قول (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالحى و قال المصنفّ (و الفتوى (٢) على الأول) يعني على جواز بيع الخبز بالحنطة و الدقيق و هو اختيار المتأخرين و ذكر في النوادر عن أبي بكرّ أن بيع الحنطة بالخبز لا يجوز لا متفاضلاً و لا متساوياً. و قال أبو الليثّ هذا الجواب يوافق قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى خاصة كالحنطة بالدقيق. و في فتاوى قاضي خان بيع الخبز بالخبز متفاضلاً عدداً أو وزناً جائز في قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يداً بيد و لا خير فيه نسيئة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذ الخبز ليس بوزني و لا عددي عنده. و قال محمد رحمه الله تعالى هو عددي. و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو وزني إلا أن يكون قليلاً لا يدخل تحت الوزن فيجوز الواحد بالاثنين و إن كان كثيراً لا يجوز. و قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز بيع الخبز بالخبز إذا كانا رطبين أو أحدهما. و لو كانا يابسين مدقوقين ففيه قولان أحدهما يجوز و الآخر لا يجوز. و لو كانا يابسين غير مدقوقين لا يجوز لجهالة التماثل كما لو كانا رطبين أو أحدهما. (و هذا) أي جواز بيع الخبز بالحنطة أو بالدقيق (إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً و إن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى

(١)و هو قول الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى. كذا في شرح الوجيز ص٩٠ ج٤ و المغني ص١٤٠ ج٤.

(٢)و الفتوى على الأول. و في الشامية معزيا إلى النهر ص٢٠٧ ج٤. و صح أيضا بيع الخبز بالبر و بالدقيق متفاضلا في أصح الروايتين عن الامامّ قيل هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى و عليه الفتوى عددا أو وزنا كيفما اصطلحوا عليه لأنه بالصنعة صار جنسا آخر و البر و الدقيق مكيلان فانتفت العلتان اه. (٣)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص١٤٠ ج٤. فروع الحنطة نوعان أحدهما ما ليس فيه غيره كالدقيق و السويق و الثاني ما فيه غيره كالخبز و الهريسة و الفالوذج و النشاء و أشباهها. (فصل) فأما ما فيه غيره كالخبز و غيره فهو نوعان أحدهما أن يكون ما فيه من غيره غير مقصود في نفسه انما جعل فيه لمصلحته كالخبز و النشاء فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه اذا تساويا في النشافة و الرطوبة و يعتبر التساوي في الوزن و قال مالكّ اذا تحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به و ان لم يوزن به قال الأوزاعيّ و أبو ثور رحمهما الله تعالى و حكى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا بأس به قرصا بقرصين و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال إلا أن ييبس و يدق دقا ناعما و يباع بالكيل ففيه قولان. النوع الثاني ما فيه غيره مما هو مقصود كالهريسة و الخزيرة و الفالوذج و خبز الأبازير و الحشكنانج و السنبوسك و نحوه فلا يجوز بيع بعضه ببعض و لا بيع نوع بنوع آخر اه ملخصا.

و عليه الفتوى و كذا السلم في الخبز جائز في الصحيح و لا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه يتفاوت بالخبز و الخباز و التنور و التقدم و التأخر. و عند محمد رحمه الله تعالى يجوز بهما

و عليه (١) الفتوى) أي على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الفتوى و ذكر خواهر زاده يجب أن يفتى على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا محالة (و كذا السلم في الخبز جائز في الصحيح) و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و احترز به عن قولهما كذا قاله الأترازي. و قال الكاكي احترز بقوله في الصحيح عن ماروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز و في المبسوط و أما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و لا يحفظ عنهما خلاف ذلك. و من أصحابنا من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم و منهم من يقول لا يجوز لأنه لا يوقف على حده معناه أنه يتفاوت بالعجن و النضج عند الخبز. (و لا خير في استقراضه عدداً) أي لا يجوز استقراض الخبز من حيث العدد (أو وزناً) أي أو استقراضه من حيث الوزن (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه) أي لأن الخبز بالضم (يتفاوت بالخبز) بالفتح من حيث الطول و العرض و الغلظ و الرقة (و الخباز) أي و يتفاوت أيضاً بالخباز لأن الخباز إذا كان حاذقاً في هذا الباب يجيء خبزه احسن ما يكون و إلا فلا يجيء كما هو المطلوب (و التنور) أي و يتفاوت الخبز أيضا بالتنور لأنه إذا كان جديداً يجيء خبزه جيداً بخلاف ما إذا كان عتيقاً كذا قاله الشراح. قلت و بحسب قوة نار التنور و ضعفها فإن نار التنور إذا كانت قوية يحترق وجه الخبز و لا ينضج لبابه. و إذا كانت ضعيفة لا يتخبز جيداً بل ينبغي أن تكون النار معتدلة (و التقدم و التأخر) أي و يتفاوت أيضاً بحسب تقدم الخبز في أول التنور و تأخره إلى آخر التنور فإن في آخر التنور النار قوية يحترق الخبز بذلك و في أوله لا ينضج كما ينبغي (و عند (٢) محمد رحمه الله تعالى يجوز بهما) أي بالعدد و الوزن

---

(١)عليه الفتوى. و في فتح القدير ص١٧٦ ج٦. و اختاره المشايخ رحمهم الله تعالى اذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذى سمى حتى لا يصير إستبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه اذا قبض متجوزا ما هو دون ما سمى صفة و اذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لأنه قل أن يقع الأخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقل أن لا يصير مستبدلا اه و في الدر المختار ص٤٢ ج٢. و الأحوط المنع اذ قلما يقبض من جنس ما سمى. (٢)و عند محمد رحمه الله تعالى الخ. و في الدر المختار ص٤٣ ج٢. و عليه الفتوى ابن مالك و استحسنه الكمال و اختاره المصنف تيسيرا. و في رد المحتار ص٢٠٨ ج٤. (قوله و عليه الفتوى) و هو المختار لتعامل الناس و حاجاتهم اليه ط عن الاختيار و ما عزاه الشارح الى ابن ملك ذكره في التتارخانية أيضا (قوله و استحسنه الكمال) حيث قال (في=>

للتعامل. و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز وزناً و لا يجوز عدداً للتفاوت في آحاده.
قال و لا ربا

(للتعامل) أي لتعامل الناس كذلك و كذا ذكر قول محمد رحمه الله تعالى في شرح الطحاوي و المختلف و الحصر و خلاصة الفتاوي و ذكر الولوالجي و صاحب الفتاوى الصغرى رحمهما الله تعالى أنه يجوز عند محمد رحمه الله تعالى عدداً و لم يذكر الوزن و إن كان لا يجوز السلم فيه عنده لا وزناً و لا عدداً قال الولوالجيّ و كان محمد رحمه الله تعالى ترك القياس في جواز استقراضه عدداً لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع. (و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى يجوز) أي استقراض الخبز (وزناً) أي من حيث الوزن (و لا يجوز عدداً) أي من حيث العدد (للتفاوت في آحاده) أي لأجل التفاوت في أفراد الخبز فلا يتحقق التساوي فيه و عليه (١) الفتوى. و في المجتبى (٢) باع رغيفا نقداً برغيفين نسيئة يجوز و لو كان الرغيفان نقداً و الرغيف نسيئة لا يجوز. و لو باع كسيرات الخبز يجوز نقداً و نسيئة كيف كان. و للشافعي رحمه الله تعالى في اقراض الخبز وجهان كما في السلم فيه أحدهما لا يجوز كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و هو الأصح عند صاحب التقريبّ و الثاني يجوز به قال أحمد رحمه الله تعالى للحاجة العامة و اطباق الناس عليه و هذا ما اختاره ابن الصباغ و غيره و على قول يجوز استقراضه يجب رد مثله وزناً و يجب أن يكون المقرض معلوم القدر كذا في شرح الوجيز (٣) (قال) أي القدوريّ في مختصره (و لا (٤) ربا

=> فتح القدير ص١٧٧ ج٦) و أنا أرى أن قول محمد رحمه الله تعالى أحسن اه ملخصا. و في البحر ص٢٢٥ ج٦. و في شرح المجمع الفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى. (١)عليه الفتوى. و في رد المحتار ص٢٠٨ ج٤. و به جزم في الكنز و في الزيلعي أن الفتوى عليه. (٢)و في المجتبى الخ. و في رد المحتار ص٢٠٩ ج٤. أنظر ما وجه المسئلتين و قال ط في توجيه الأولى لأنه عددى متفاوت فيجعل الرغيف بمقابلة أحد الرغيفين و الأجل يجعل رغيفا حكما بمقابلة الرغيف الثاني مجتبى اه. و لم أره في المجتبى و يرد عليه أنه متى وجد الجنس حرم النساء كما مر في بيع تمرة بتمرتين و أيضا التعليل بأنه عددى متفاوت يقتضي عدم الجواز و لذا لما أجاز محمد رحمه الله تعالى استقراضه علّله باهذار التفاوت فكيف يجعل التفاوت علة الجواز و علّله شيخناً بأن تأجيل الثمن جائز دون المبيع و فيه أن هذا لا يظهر في الكسيرات و الحاصل أنه مشكل و لذا قال السائحانيّ إن هذا الفرع خارج عن القواعد لأن الجنس بانفراده محرم النساء فلا يعمل به حتى ينص على تصحيحه كيف و هو من صاحب المجتبى. (٣)شرح الوجيز ص٤٣٢ ج٤. (٤)و لا ربا الخ. و في إعلاء السنن ص٣٥٨ ج١٤ و قد وافقنا على ذلك أي على أن ليس بين العبد و بين سيده ربا الحسن (البصرى) و جابر بن زيد (أبو الشعثاء) و النخعي و الشعبي و سفيان الثوري و عثمان البتي و الحسن بن حي و الليث و الشافعي رحمهم الله تعالى قاله ابن حزمٌ في المحلي و الدليل ما روى ابن حزم في المحلي ص٥١٤ ج٨ و لم يعله بشيء قال روينا من طريق قاسم بن إصبع نا بكر بن حماد نا مسدد نا حفص بن غياث عن أبي العوام البصري عن عطاء كان ابن عباس رضي الله تعالى عنه =>

بين المولى و عبده لأن العبد و ما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا و هذا إذا كان مأذوناً له و لم يكن عليه دين و إن (١) كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه و بين مكاتبه قال و لا بين المسلم و الحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى. لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا

بين المولى و عبده (٢) لأن العبد و ما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا و هذا) أى عدم كون الربا بين المولى و عبده (إذا كان) أى العبد (مأذوناً له) في التجارة (و لم يكن عليه دين و ان (٣) كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما تعلق به) أى بما في يد العبد (حق الغرماء فصار) أي العبد (كالأجنبي) من مولاه (فيحتقق (٤) الربا كما يتحقق) أى الربا (بينه) أي بين المولى (و بين مكاتبه) لأن المكاتب صار كالحر يداً و تصرفاً في كسبه فيجري الربا بينه و بين مولاه كما يجري بينه و بين غيره. (قال) أي القدوري (و لا بين المسلم و الحربي في دار الحرب) أى و لا ربا أيضاً بين المسلم الذي دخل دار الحرب بأمان و باع درهماً بدرهمين و كذا إذا باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو قامرهم و أخذ المال كل ذلك يحل له إذا كان في دار الحرب عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (خلافا لأبي يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى) و مالك (٥) و احمد رحمهما الله تعالى (لهما) أي لأبي يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى (الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا) يعني المستأمن من أهل الحرب

=> يبيع من غلمانه النخل السنتين و الثلاث فبعث اليه جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه أما علمت نهى رسول الله ﷺ عن هذا فقال ابن عباس رضى الله تعالى عنه بلى و لكن ليس بين العبد و بين سيده ربا. و ما روى الامام الشافعي رحمه الله تعالى في مسنده ص ٨٤: قال أخبرنا سفيان عن عمرو بن دينار عن أبى سعيد أظنه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أنه كان يبيع الثمر من غلامه قبل أن يطعم و كان لا يرى بينه و بين غلامه ربا. سنده صحيح و أبو سعيد هو مولى ابن عباس رضىَ الله تعالى عنه اسمه نافذ من رجال الجماعة ثقة. تقريب. و الباقون لا يسأل عنهم اهـ بتغير ما.

(١)و ان –ن– فان. (٢)عبده. أقول المدبر و أم الولد كالعبد كذا فى البحر ص٢٢٦ ج٦. (٣)و ان كان عليه دين الخ. و فى المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا و لكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو لا كذا فى فتح القدير ص ١٧٧ ج٦. أقول لعل ما فى المبسوط على مذهب الامامين رحمهما الله تعالى فان المولى يملك كسب المديون عندهما كما يجيء في المأذون فراجعه كذا فى السعدية. (٤)فيتحقق الربا. أقول أى شبهته اذ الشبهة كافية فى المحرمات كذا فى السعدية. (٥)مالك و احمد رحمهما الله تعالى كذا فى شرح الوجيز ص٩٩ ج٤. أقول و مذهب النخعى و الثورى رحمهما الله تعالى كمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما فى إعلاء السنن =>

و لنا قوله عليه الصلاة و السلام لا ربا بين المسلم و الحربي في دار الحرب

الذي دخل دارنا بأمان تجري الربا بينه و بين المسلم فكذا في دارنا بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع. (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (لا ربا بين المسلم و الحربي في دار الحرب) هذا حديث غريب ليس له أصل مسند و قال الكاكي و لنا الحديث المذكور في المتن. و في المبسوط (١) عن مكحول عن النبي ﷺ أنه قال لا ربا بين المسلمين و بين أهل دار الحرب في دار الحرب و هذا الحديث و إن كان مرسلا فمكحول فقيه ثقة و المرسل من مثله مقبول. و قال (٢) الاكمل و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى ما روى مكحول... إلى آخره ثم قال ذكره محمد بن الحسن و ذكره الأترازي كذا ثم قال كذا في شرح أبي نصر. قلت أسند (٣) البيهقي في المعرفة في كتاب السير عن الشافعي رحمه الله تعالى قال قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إنما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال لا ربا بين أهل الحرب أظنه قال و أهل الإسلام

=> ص٣٤٥ ج١٤ و مذهب الاوزاعي و اسحاق رحمهما الله تعالى كمذهب أبي يوسف رحمه الله تعالى كما في المغني ص١٦٢ ج٤. (١)المبسوط للسرخسي ص٥٦ ج١٤. (٢)قال الأكمل في العناية ص١٧٧ ج٦. (٣)أسند البيهقي الخ. كذا في نصب الراية ص٤٤ ج٤. أقول و لنا أيضا ما رواه مسلم في الحج باب حجة النبي ﷺ ص٣٩٤ ج١ من حديث جابر رضي الله تعالى عنه مرفوعاً و فيه ربا الجاهلية موضوعة و أول ربا أضع ربانا ربا عباس بن عبد المطلب رضي الله تعالى عنه فانه موضوع كله. وجه الاستدلال ما في المبسوط للسرخسي ص٥٧ ج١٤. أن العباس رضي الله تعالى عنه بعد ما أسلم رجع الى مكة و كان يربي و ما كان يخفى فعله عن رسول الله ﷺ فلما لم ينهه عنه دل أن ذلك جائز و انما جعل الموضوع من ذلك ما لم يقبض حتى جآء الفتح و به نقول و فيه نزل قوله تعالى و ذروا ما بقي من الربا اه. و في الدر المنثور ص٣٦٦ ج١. أخرج ابن جرير و ابن المنذر و ابن أبي حاتم رحمهم الله تعالى عن السدي في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله و ذروا ما بقي من الربا الآية قال نزلت في العباس بن عبد المطلب رضي الله تعالى عنه و رجل من بني المغيرة كانا شريكين في الجاهلية يسلفان في الربا إلى ناس من ثقيف من بني ضمرة و هم بنو عمرو بن عمير فجآء الاسلام (أي الفتح) و لهما أموال عظيمة في الربا فانزل الله: و ذروا ما بقي من فضل كان في الجاهلية من الربا اه. و في اعلاء السنن ص٣٤٨ ج١٤: قال ابن رشد من فقهاء المالكية في المقدمات (ص٢٨ ج٣): قال رسول الله ﷺ في خطبته: ألا إن كل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع و أول ربا يوضع ربا العباس بن عبد المطلب رضي الله تعالى عنه و في هذا ما يدل على اجازة الربا مع أهل الحرب في دار الحرب على ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى لأن مكة كانت دار حرب و كان بها العباس بن عبد المطلب رضي الله تعالى عنه مسلما إما من قبل بدر على ما ذكره ابن اسحاق أو من قبل فتح خيبر على ما دل عليه حديث الحجاج بن علاط من إقراره للنبي ﷺ بالرسالة و تصديقه ما وعده الله به و قد كان الربا يوم فتح خيبر محرما فلما لم يرد رسول الله ﷺ ما كان من رباه بعد إسلامه إلى أن ذهبت الجاهلية بفتح مكة و انما وضع منه ما كان قائما لم يقبض دل ذلك على إجازته اه ملخصا.

و لأن مالهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالاً مباحاً إذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان

باب الحقوق

قال الشافعي رحمه الله تعالى و هذا ليس بثابت و لا حجة فيه انتهى. قلت لا نسلم عدم ثبوته لأن جلالة قدر الإمام لا تقتضى أن يجعل لنفسه مذهباً من غير دليل واضح و أما قوله و لا حجة فيه فبالنسبة إليه لأن مذهبه عدم العمل بالمراسيل إلا مرسل سعيد بن المسيبّ و المرسل عندنا حجة على ما عرف في موضعه و الله أعلم. (و لأن مالهم) أي مال أهل الحرب (مباح في دارهم) لأنه غير معصوم بل هو على أصل الإباحة (فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالاً مباحاً اذا لم يكن فيه) أي في أخذه (غدر) لأن الغدر حرام (بخلاف المستأمن منهم) هذا جواب عن قياس أبي يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى تقريره ما قاله بقوله (لأن ماله) أي مال المستأمن (صار محظوراً) أي ممنوعاً أخذه (بعقد الأمان) و لهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة و في المجتبى معزيا الى الكفاية مستأمن من أهل دارنا مسلما كان أو ذمياً في دارهم أو من أسلم هناك باشر معهم من العقود التي لا تجوز فيما بيننا كالربويات و بيع الميتة جاز عندهما خلافاً لأبي يوسف و الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و الله أعلم بالصواب.

(باب الحقوق)

أي هذا باب في بيان أحكام الحقوق و هو جمع (١) حق و هو ما يستحقه الرجل و له معان أخرى منها الحق ضد الباطل. و قال بعض الشراح كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع إلا أن المصنفّ التزم ترتيب الجامع الصغير و هناك هكذا وقع فكذا هنا

(١) جمع حق الخ. و في المصباح: الحق خلاف الباطل و هو مصدر حق الشيء من بابي ضرب و قتل اذا وجب و ثبت و لهذا يقال لمرافق الدار حقوقها اه. و في شرح المنار للسيد نكركارّ: الحق هو الشيء الموجود من كل وجه و لا ريب في وجوده و منه قوله عليه الصلاة و السلام السحر حق و العين حق اه. و في شرح البخاري للكرمانيّ: الحق حقيقة هو الله تعالى بجميع صفاته لأنه الموجود حقيقة بمعنى لم يسبق بعدم و لم يلحقه عدم و إطلاق الحق على غيره مجاز و لذا ورد في الحديث "اللهم أنت الحق و وعدك الحق و قولك الحق" بالتعريف في الثلاثة ثم قال "و لقاؤك حق و الجنة حق و النار حق و الساعة حق" بالتنكير اه و ذكر الأصوليون أن الأحكام أربعة: حقوق الله تعالى خالصة و حقوق العباد خالصة و ما اجتمعا فيه و حق الله تعالى غالب كحد القذف و ما اجتمعا فيه و حق العباد غالب كالقصاص. قالوا: و المراد من حق الله تعالى ما تعلق نفعه بالعموم و انما نسب إلى الله تعالى تعظيما لأنه متعال عن أن ينتفع بشيء و لا يجوز أن يكون حقا له تعالى بجهة التخليق لأن الكل سواء في ذلك كذا في البحر ص ٢٢٧ ج٦.

و من اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو يمرافقه أو بكل قليل و كثير هو فيه أو منه و من اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الأعلى. و من اشترى داراً بحدودها فله العلو و الكنيف جمع بين المنزل و البيت و الدار فاسم الدار ينتظم العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود و العلو من توابع الأصل و أجزائه فيدخل فيه

و لأن الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع. (و من اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى) أي لا يدخل في بيعه المنزل الأعلى (إلا أن يشتريه بكل حق هو له) يعني يقول وقت شرائه المنزل اشتريته بكل حق هو له (أو بمرافقه) أي أو يشتريه بمرافقه بأن يقول اشتريته بمرافقه و في المغرب (١) مرافق الدار المتوضأ و المطبخ و نحوهما و الواحد مرفق بكسر الميم و فتح الفاء لا غير (أو بكل (٢) قليل و كثير) أى او يشتريه بكل قليل و كثير (هو فيه) أي في المنزل (أو منه) أي من المنزل و هنا ثلاثة أسماء المنزل و البيت و الدار و فسر المصنف كلها ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها و عدمه فقال (و من اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الأعلى) أى البيت الأعلى (و من اشترى داراً بحدودها فله العلو) (٣) الذي عليها (و الكنيف) أى و له الكنيف (٤) أيضاً و هو المستراح (جمع) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (بين) اسم (البيت و المنزل و الدار فاسم الدار ينتظم العلو) يعني يشمله من غير نص باسمه الخاص و من غير ذكر الحقوق (لأنه) أي لأن العلو (اسم لما أدير عليه الحدود و العلو من توابع الأصل و أجزائه) فلا يخرج عنها (فيدخل فيه) أي في الأصل. و في شرح نظم الجامع الكبير الدار في اللغة اسم لقطعة أرض ضربت لها الحدود و ميزت عما يجاورها بإدارة خط عليها فبنى في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح و منافع الأبنية للإسكان و غير ذلك و لا فرق بين ما إذا كانت الأبنية بالماء و التراب أو بالخيام و القباب.

---

(١)المغرب مادة رفق ص ٣٣٩ ج ١. و فى المصباح: المرافق جمع مرفق بكسر الميم و فتح الفاء لا غير كالمطبخ و الكنيف و نحوه على التشبيه باسم الآلة بخلاف المرفق في الوضوء فان فيه لغتين فتح الميم و كسر الفاء كمسجد و بالعكس و كذا المرفق بمعنى ما ارتفقت به اه. فالحاصل أن المرفق مطلقا فيه لغتان إلا مرفق الدار كذا فى البحر ص٢٢٨ ج٦. (٢)بكل قليل الخ. و فى البحر معزيا الى الذخيرة ص٢٢٨ ج٦. قوله "كل قليل و كثير" يذكر على وجه المبالغة فى إسقاط حق البائع عن المبيع مما يتصل بالمبيع اه. (٣)العلو مثلث العين و اللام ساكنة كما فى لسان العرب مادة علا ص٨٣ ج١٥. (٤)الكنيف الخ. كذا فى المغرب مادة كنف ص٢٣٥ ج٢. و فى المصباح: الكنيف الساتر و يسمى الترس كنيفا لأنه يستر صاحبه و قيل للمرحاض كنيف لأنه يستر قاضي الحاجة و الجمع كنف (بضمتين) مثل نذير و نذر اه كذا فى البحر ص ٢٢٩ ج٦.

و البيت اسم لما يبات فيه و العلو مثله و الشيء لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه. و المنزل بين الدار و البيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع و لشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه. و قيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك

(و البيت اسم لما يبات فيه و العلو مثله) أي مثل البيت (و الشيء لا يكون تبعاً لمثله) لأن تبع الشيء أدنى منه لا محالة لا مثله و بين نتيجة هذا بقوله (فلا يدخل فيه) أي لا يدخل العلو فى شراء البيت (إلا بالتنصيص عليه) أي على اسم العلو بذكره و إلا لكان الشيء تابعاً لمثله و هو لا يجوز و لا يرد (١) على هذا المستعير فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل و لا يرد المكاتب أيضاً فإن له أن يكاتب لأن المراد بالتبعية هاهنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لأنه ليس بلفظ عام يتناول الافراد إذ فرض المسألة في معلوم و لا من لوازمه و ليس في الاعارة و الكتابة ذلك فإن لفظ المعير أعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلاً لا تبعاً و لا إصالة و إنما ملك الإعارة لأنها تمليك المنافع و من ملك شيئاً جاز أن يملكه لغيره و انما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذرا من وقوع التغير به و المكاتب لما اختص بمكاسبه كان أحق بتصرف ما يوصله إلى مقصوده و فى كتابة عبده تسبب إلى ما يوصله إلى ذلك فكانت جائزة (و المنزل بين الدار و البيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى) أي منافعها (مع ضرب قصور) يعنى لكنه فيه نوع قصور (إذ لا يكون) أي لأنه لا يكون (فيه منزل الدواب) و ما يجري مجرى ذلك (فلشبهه) أي فلشبه المنزل (بالدار يدخل فيه العلو تبعاً عند ذكر التوابع و لشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه) أي بدون ذكره لأن المنزل له منزلة بين المنزلتين. و قال السرخسيّ المنزل اسم لما يشتمل على بيوت و مطبخ و موضع قضاء الحاجة و لكن لا يكون فيه صحن. و في الفوائد المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيه ليلاً أو نهاراً و العلو و إن كان محلاً للنزول فيه فهو دون السفل في احتمال السكنى لأن السفل يحتمل السكنى لنفسه و دوابه و العلو لا يحتمل السكنى للدواب فكان أصلاً من وجه تبعاً من وجه فلو ذكر الحقوق يدخل و إلا فلا فيكون منزلته دون منزلة الدار فوق منزلة البيت و هكذا ذكر فى جامع قاضى خان. (و قيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك) أي الدار و المنزل و البيت. و قال الإمام الزاهد العتابيّ في شرح الجامع الصغير هذا يعني الذي ذكره أولاً في عرفهم و في عرفنا يدخل العلو من غير ذكر في الفصول كلها لأن في عرفنا الدار و المنزل و البيث كله واحد

---

(١) لا يرد الخ كذا فى العناية ص ١٧٩ ج ٦.

لأن كل مسكن يسمي بالفارسية خانه و لا يخلو عن العلو و كما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه و لا تدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه و عندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف. قال و من اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل و كثير

و قال المصنف (لأن كل بيت يسمي بالفارسية خانه) و في بعض النسخ لأن كل مسكن يسمى خانه يعني في عرف بلاد العجم يسمى كذلك سواء كان المسكن صغيراً أو كبيراً (و لا يخلو عن علو) و لفظ خانه بالخاء المعجمة و فتح النون و هو اسم البيت بالعجمي. (و كما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف) و هو المستراح (لأنه من توابعها) أي من توابع الدار. و في بعض النسخ من توابعه. قال الكاكي أي من توابع الدار لأنه يجوز فيه التذكير لأنه مؤنث غير حقيقي و لأن الدار اسم لما أدير عليه الحائط و الكنيف مما أدير عليه الحائط فيكون من الدار فيدخل تحت بيع الدار بلا ذكر الحقوق. (و لا تدخل الظلة) و هي الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة و الطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة و مفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان. و في المغرب (١) قول الفقهاء ظلة الدار (٢) يريدون بها السدة التي تكون فوق الباب (إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و هو قوله بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل و كثير هو فيه أو منه (لأنه) أي لأن الظلة على تأويل الساباط (مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه) أي حكم الطريق. (و عندهما) أي و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إن كان مفتحه) أي مفتح الظلة (في الدار يدخل) أي في البيع (من غير ذكر شيء مما ذكرنا) من المرافق و الحقوق (لأنه) أي لأن الظلة (من توابعه) أي من توابع الدار (فشابه الكنيف) حيث يدخل من غير ذكر شيء من الحقوق و المرافق. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى بيتاً في دار أو منزلاً) أي أو اشترى منزلاً (أو مسكناً) أي أو اشترى مسكناً (لم يكن له) أي للمشتري (الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه) أي يشتريه بمرافقه (أو بكل قليل و كثير) أي يشتريه بكل قليل و كثير هو منه أو فيه فيكون له الطريق حينئذ. و قال الكاكي المراد (٣) الطريق الخاص في ملك إنسان فأما طريقها إلى سكة غير نافذة

---

(١) المغرب مادة ظلل ص٣٥ ج٢. (٢) ظلة الدار الخ. و ادعى في ايضاح الاصلاح أن هذا وهم بل هي الساباط الخ كذا في الشامية ص٢١١ ج٤. (٣) المراد الطريق الخاص الخ. كذا في فتح القدير معزيا إلى المحيط ص١٨٠ ج٦.

و كذا الشرب و المسيل لانه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الإجارة لانها تعقد للانتفاع و لا يتحقق إلا به إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة و لا يستأجره فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه (١) أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه و قد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة.

و إلى طريق عام فيدخل (و كذا الشرب) بكسر الشين المعجمة أي لا يدخل في بيع الأرض (و المسيل) أي و كذا مسيل الماء أو القاء الثلج في ملك إنسان لا يدخل من غير ذكر مما ذكرنا (لأنه) أي لأن كل واحد من الطريق و الشرب و المسيل (خارج الحدود) أي حدود المبيع فكانت هذه الأشياء أصلاً بنفسها من حيث أنه مقصود قيامها بدون المبيع (إلا أنه من التوابع) من حيث أنه لا يقصد عينها و إنما يقصد بها الانتفاع بالمبيع فكانت تابعة (فيدخل بذكر التوابع) أي بذكر الحقوق و المرافق. و في الذخيرة (٣) بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذي يكون عند البيع لا الطريق الذي كان قبل البيع حتى أن من سد طريق منزله و جعل له طريقاً آخر و باع المنزل بحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثاني لا الطريق الأول. (بخلاف الإجارة) يعنى تدخل هذه الأشياء في الإجارة بدون ذكر الحقوق و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لأنها) أي لأن الإجارة (تعقد للانتفاع و لا يتحقق) أي الانتفاع (إلا به) أي بالطريق (إذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة و لا يستأجره فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منها) أي من الإجارة بيان هذا أن البيع شرع لتمليك العين لا لتمليك المنفعة و هذا يصح فيما لا ينتفع به فى الحال كالجحش و المهر الصغير و الأرض السبخة و الإجارة لا تصح فيه و الإنسان قد يشترى ليبيعه ليربح و قد يشتريه للانتفاع فكان المقصود من البيع ملك العين لا الانتفاع لا محالة فلا ضرورة فى إدخال هذه الأشياء في البيع فلا يدخل إلا بالذكر كذا فى جامع قاضى خان. و في الكافي و لهذا لو استأجر علواً و استثنى الطريق فسدت الإجارة بخلاف البيع فانه لو اشترى علواً و استثنى الطريق صح لأن موجب البيع تمليك الرقبة و الانتفاع من ثمراته أما الإجارة فللانتفاع و لا انتفاع بدون الطريق. (أما الإنتفاع بالمبيع ممكن بدونه) أي بدون الطريق (لأن المشتري عادة يشتريه) أي يشترى الطريق و الشرب و المسيل و وحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور (و قد يتجر فيه) أي في شراءه (فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة) المطلوبة. و الله تعالى اعلم بالصواب.

---

(١)منه –ن– منها. (٣)و فى الذخيرة الخ. كذا فى الكفاية.

باب الاستحقاق

و من اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها و ولدها و إن أقر بها لرجل لم يتبعها ولدها و وجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل و الولد كان متصلاً بها فيكون له. أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار و قد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له

(باب الاستحقاق)

أي هذا باب في بيان حكم الاستحقاق و هو طلب (١) الحق و ذكر (٢) هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً و معنى. (و من اشترى جارية فولدت عنده) أي عند المشترى ولدت من غير مولاها. و في الكافي ولدت لا بالاستيلاد (فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها) أى فإن المستحق يأخذ الجارية (و ولدها) أى يأخذ ولدها معها أيضاً (و إن أقر بها) أى و إن أقر بالجارية (لرجل لم يتبعها) أى لم يتبع الجارية (ولدها) أى لا يأخذ المقر له الولد و يأخذ الأمة فقط (و وجه الفرق) أى بين البينة و الإقرار حيث يأخذ الجارية و ولدها بالبينة فقط لا بالإقرار (أن البينة حجة مطلقة) يعني غير مقتصرة على المقضي عليه فهي حجة في قول كافة الناس. و في الكافي البينة حجة متعدية حتى تظهر في حق كافة الناس و الإقرار لا حتى يقتصر على المقر (فإنها) أى فإن البينة (كاسمها مبينة) من التبيين و هو الإظهار و أصله من البيان و هو الظهور (فيظهر بها) أى بالبينة (ملكه) أى ملك الرجل المستحق (من الأصل) يعني في حق الجارية و الولد جميعاً (و الولد كان متصلاً بها) أى بالجارية (فيكون) أي الولد (له) أى للمستحق و لهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض (أما الإقرار حجة قاصرة) فتظهر في حقه دون غيره (يثبت الملك في المخبر به) أي مقصوراً على ما أقر به و هو الجارية (ضرورة صحة الإخبار) أي لأجل ضرورة صحة اخبار المخبر (و قد اندفعت) أي الضرورة (بإثباته) أي بإثبات الملك (بعد الإنفصال) أي انفصال الولد فلا يظهر الإلحاق بالولد (فلا يكون (٣) الولد له) و لهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الإستحقاق بالإقرار

(١)هو طلب الحق. أفاد أن السين و التاء للطلب لكن فى المصباح استحق فلان الأمر استوجبه قاله الفارابى و جماعة فالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول و منه خرج المبيع مستحقا اه فأشار إلى أن معناه الشرعي موافق للغوى و هو كون المراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير كذا فى الشامية ص٢١٣ ج٤. (٢)ذكر هذا الباب الخ. و فى فتح القدير ص١٨٢ ج٦. حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لأنه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا و لكن لما ناسب الحقوق لفظا و معنى ذكر عقيبه. (٣)فلا يكون الخ. و فى النهاية: إنما لا يتبعها الولد فى الاقرار اذا لم يدعه المقر له أما اذا ادعاه كان له لأن الظاهر أنه له و لا خصوصية للولد بل زوائد المبيع =>

ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً. و قيل يشترط القضاء بالولد و إليه تشير المسائل فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله تعالى لا تدخل الزوائد

(ثم قيل) أشار بهذا إلى اختلاف المشايخ في فصل الإستحقاق بالبينة في أن الولد في القضاء بالأم يدخل تبعاً أم لا فقال بعضهم (يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً) أي تبعاً للأم لأنه لما ظهر الملك في الجارية من الأصل يدخل في الأولاد (و قيل (١) يشترط القضاء بالولد) على حدة لأنه أصل يوم القضاء لكونه منفصلاً عن الأم فلا بد من الحكم له قيل و هو الأصح (و إليه) أي إلى هذا القول و هو اشتراط القضاء بالولد (تشير المسائل) و بين ذلك بقوله (فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد) يعني إذا قضي القاضي بالأصل و لم يعرف الزوائد. (قال محمد رحمه الله تعالى لا تدخل الزوائد

=> كلها على التفصيل كذا في البحر ص ٢٤٠ ج٦. (١) قيل يشترط الخ. أقول في النهاية و معراج الدراية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشترى لا يوجب انفساخ العقد الذى جرى بينه و بين البائع و لكن يوجب وقفه على اجازة المستحق انتهى و في غاية البيان خلاف ذلك و في الفتاوى للتمرتاشي ظاهر الرواية أنه لا ينفسخ كذا في السعدية. و في فتح القدير ص١٨٣ ج٦. و ما ذكره صاحب النهاية هو المنصور و في الذخيرة: ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق و لا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى و اعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق و قيل بنفس القضاء و الصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشترى على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح. و قال شمس الأئمة الحلواني الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء و في الزيادات روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القضاء و في ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ و هو الأصح انتهى و معنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لأنه ذكر فيها أيضا اذا استحق المشترى فاراد المشترى نقض البيع من غير قضاء و لا رضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال إقامة البينة على النتاج من البائع أو على تلقى الملك من المستحق ثابت إلا اذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى. و في الشامية ص٢١٣ ج٤. فقد اختلف التصحيح فيما ينفسخ به العقد و يأتي قريبا عن الهداية أنه لا ينتقض في ظاهر الرواية ما لم يقض على البائع بالثمن و يمكن التوفيق بين هذه الأقوال بأن المقصود أنه لا ينتقض بمجرد القضاء بالاستحقاق بل يبقى العقد موقوفا بعده على إجازة المستحق أو فسخه على الصحيح فاذا فسخه صريحاً فلا شك فيه و كذا لو رجع المشترى على بائعه بالثمن و سلمه إليه لأنه رضى بالفسخ و كذا لو طلب المشترى من القاضي أن يحكم على البائع بدفع الثمن فحكم له بذلك أو تراضيا على الفسخ ففي ذلك كله ينفسخ العقد فليس المراد من هذه العبارات حصر الفسخ بواحد من هذه الصور بل أيها وجد بعد الحكم بالاستحقاق انفسخ العقد هذا ما ظهر لي في هذا المقام. بقى شيء و هو أنه يثبت للبائع الرجوع على بائعه بالثمن و ان كان قد دفع الثمن إلى المشترى بلا إلزام القاضي إياه و هذا مذهب محمد رحمه الله تعالى و عليه الفتوى خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى كما في الحامدية و نور العين عن جواهر الفتاوى.

في الحكم و كذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً. قال و من اشترى عبداً فإذا هو حر و قد قال العبد للمشتري اشترني فإني عبد له فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء و إن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد و رجع هو على البائع و إن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال. و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يرجع فيهما لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة

في الحكم) بالاصل فيجب الحكم بالزوائد أيضاً (و كذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم) أى حكم القاضي (بالام تبعاً) أي من حيث التبعية للأم لانه إذا دخل حينئذ يكون قضاء على الغائب. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من (١) اشترى عبداً (٢) فإذا هو حر) كلمة إذا للمفاجأة أى فظهر أنه حر (و قد قال العبد) أى و الحال أن العبد قد قال (للمشترى اشترني فإني عبد له) إنما قيد بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع إني عبد و لم يأمره بالشراء أو قال اشترني و لم يقل إني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم جميعا كذا ذكره الإمام التمرتاشي في جامعه محيلا إلى شيخ الإسلام خواهر زادة. (فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة) أى يدرى مكانه (لم يكن على العبد شيء) لان البائع هو الذي أخذ ماله فوجب أن يسترد منه و العبد لم يأخذ منه شيئاً (و إن كان البائع لا يدرى أين هو رجع المشترى على العبد) بالثمن لانه غره حيث أمره بالشراء و أتلف ماله (و رجع (٣) هو) أي العبد (على البائع) إذا قدر عليه لانه أدى عنه (و إن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية) يعني إن ارتهن رجل عبداً قد أقر بأنه عبد للراهن (فوجده حراً) أي فوجد المرتهن العبد حرا (لم يرجع عليه) أى لم يرجع المرتهن على العبد بشيء (على كل حال) أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبة كانت. (و عن (٤) أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يرجع فيهما) أى أن كل واحد من المشترى و المرتهن لا يرجع على العبد في البيع و الرهن (لان الرجوع) إنما يكون (بالمعاوضة) و هى المبايعة (أو بالكفالة) أى أو بكفالة العبد بالثمن و لم يوجد واحد

---

(١)و من اشترى الخ. هذا ظاهر الرواية عنهم كذا فى الفتح. (٢)عبدا. و فى الشامية ص ٢٢٠ ج٤. سماه عبدا باعتبار ظاهر الحال الآن و إلا فالفرض أنه حر. (٣)رجع الخ. و فى فتح القدير ص١٨٤ ج٦. و انما يرجع العبد على البائع مع انه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه و هو مضطر في أدائه بخلاف من ادى عن آخر دينا أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به. (٤)عن أبي يوسف رحمه الله تعالى الخ. ذكر شمس الأئمة فى الجامع الصغير قول محمد مع قول أبى يوسف رحمهما الله تعالى كذا فى الكفاية ص١٨٤ ج٦.

و الموجود ليس إلا الاخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فإني عبد و هي المسألة الثانية و لهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره و إقراره إني عبد إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه

منهما (و الموجود ليس إلا الاخبار كاذباً) بأنه عبده. و قال فخر الدين (١) الحسن بن منصور بن محمود الاوزجندى المعروف بقاضي خان في شرح الجامع الصغير و هذه المسألة (٢) دليل على أن العبد إذا كفل بثمن نفسه عن البائع صحت الكفالة فاذا تعذر استيفاؤه من البائع يرجع عليه ثم يرجع العبد على البائع إذا حضر لانه أدى ضماناً عليه (فصار) حكم هذا (كما إذا قال الأجنبي ذلك) بأن قال اشتره فانه عبد فاشتراه فظهر حراً فليس على الأجنبي شيء. (أو قال العبد ارتهني فاني عبد) فظهر حراً ليس له عليه شيء (و هي المسألة الثانية) و هي قوله و إن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية (و لهما) أى لابى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن المشترى شرع في الشراء معتمداً على أمره) أى أمر العبد حيث قال اشترني فأنا عبد (و اقراره) بقوله (إني عبد إذ القول) أى لان القول (له) أى للعبد (فى الحرية) لانه متمسك بالاصل إذ الاصل الحرية (فيجعل العبد بالامر بالشراء) أى بقوله اشترني (ضامناً للثمن له) أى للمشترى (عند تعذر رجوعه) أى رجوع المشترى

(١)فخر الدين. و فى الفوائد البهية ص٦٤. (حسن بن منصور) بن محمود فخر الدين قاضى خان الأوزجندى الفرغانى كان اماما كبيرا و بحرا عميقا غواصا فى المعانى الدقيقة مجتهدا فهامة أخذ عن ظهير الدين الحسن بن على المرغينانى عن برهان الدين الكبير عبد العزيز بن عمر بن مازه و عن محمود بن عبد العزيز الاوزجندى جد قاضى خان و هما أخذا عن السرخسى عن الحلوانى عن أبى على النسفى عن أبى بكر بن الفضل عن الاستاذ السبذمونى عن أبى عبد الله عن أبيه عن محمد و له الفتاوى المشهورة المتداولة و الواقعات و الأمالي و المحاضر و شرح الزيادات و شرح الجامع الصغير و شرح أدب القضاء للخصاف و غير ذلك توفي ليلة الأثنين سنة اثنين و تسعين و خمسمائة وعده المولى العلامة أحمد بن كمال باشا من طبقة الاجتهاد فى المسائل: و تفقه عليه جمال الدين أبو المحامد محمود الحصيرى و شمس الأئمة محمد الكردرى و نجم الأئمة و نجم الدين يوسف الخاصى و غيرهم (قال الجامع) انتفعت بفتاواه و هي في أربعة أسفار معتمدة عند أجلة الفقهاء حتى قال قاسم بن قطلوبغا فى تصحيح القدوري ما يصححه قاضى خان مقدم على تصحيح غيره لأنه فقيه النفس. و في مدينة العلوم الامام فخر الدين أبو المفاخر و أبو المحاسن الحسن بن منصور الاوزجندى الفرغانى المشهور بقاضي خان و أوزجند مدينة بنواحى أصبهان بقرب فرغانة تفقه على أبى اسحاق بن ابراهيم بن اسماعيل بن أبى نصر و ظهير الدين المرغينانى و غيرهما و مات في ليلة النصف من رمضان سنة ٥٩٢. (٢)و هذه المسألة الخ. قال في النهر: فان أريد بالعبد الذى ظهر أنه حر فلا إشكال في صحة الكفالة حتى لو قال إشترنى فأنا عبد و قد ضمنت لك الثمن فظهر أنه حر كان للمشترى الرجوع عليه بالثمن و لو كان البائع حاضراً و ان أريد به الذى يظهر حريته و قد استحق من يد المشترى فسيأتى أنه إنما يطالب بالكفالة بعد العتق و لا كلام في الصحة كذا فى المنحة على البحر ص٢٤٣ ج٦.

على البائع دفعاً للغرور و الضرر و لا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه و البيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الآمر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو (١) وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف و المسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضماناً للسلامة و بخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور و نظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدى هذا فاني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق

(على البائع دفعاً للضرر) أى لأجل دفع الضرر عن الشترى (و الغرور) و الغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعاً للضرر بقدر الامكان (و لا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه) أى لا تعذر فى الرجوع إلا فى الذى لا يعرف مكانه لعدم القدرة عليه. (و البيع) كأنه جواب عما يقال من جهة أبي يوسف رحمه الله تعالى كيف فرقتم بين البيع و الرهن في الرجوع و عدمه فأجاب بقوله و البيع (عقد معاوضة) يستحق العبد بها السلامة (فأمكن أن يجعل الآمر) على وزن اسم الفاعل (به ضامناً للسلامة) أى سلامة المبيع للمشترى (كما هو موجبه) أى موجب البيع لان موجبه سلامة المبيع للمشترى. (بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة) و هو ظاهر (بل هو) أي الرهن (وثيقة لاستيفاء عين حقه) من غير عوض (حتى يجوز الرهن ببدل الصرف و المسلم فيه مع حرمة الإستبدال) حتى إذا هلك يقع فيه الاستيفاء و لو كان معاوضة لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلم فيه و هو حرام و كذا في بدل الصرف فلم يكن هذا غروراً في عقد المعاوضة فلا ينتهض سبباً للضمان و لهذا قلنا لو سأل رجل غيره عن أمن الطريق فقال له أسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص أمواله لا يضمن المخبر بشيء لانه غرور فيما ليس بمعاوضة و كذا لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فأكله فمات لا قصاص (٢) عليه (فلا يجعل الأمر به) يعني إذا لم يكن الرهن معاوضة لم يجعل الأمر به (ضماناً للسلامة) فلا يجب عليه شيء (و بخلاف الاجنبي) عطف على قوله بخلاف الرهن يعني اخبار الاجنبي بكونه عبداً لا يفضي إلى البيع (لانه) أى لان الاجنبي (لا يعبأ) أى لا يبالي (بقوله) لعدم الإعتماد على قوله (فلا يتحقق) له (الغرور) بقوله لعدم الإكتراث به. (و نظير مسألتنا) و هي أن الغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان (قول المولى) للناس من أهل السوق (بايعوا عبدى هذا فاني قد أذنت له) في التجارة فبايعوه و لحقه ذيون (ثم ظهر الإستحقاق) أى ثم ظهر أنه حر مستحق لنفسه

---

(١)بل هو وثيقة الخ. أقول فيه بحث فان شئت فراجع آخر كتاب الحجر كذا فى السعدية. (٢)لا قصاص عليه غير أنه استحق عند الله عذابا لا يطاق كذا فى الفتح.

يرجعون (١) عليه بقيمته ثم في وضع المسألة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده و التناقض يفسد الدعوى و قيل إن كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم. و قيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق و إن كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع و المكاتب يقيمها

(فإنهم) أى فان الذين بايعوه (يرجعون عليه) أى على المولى بديونهم (بقيمته) أى بقدر قيمة العبد بحكم الغرور (ثم فى وضع المسألة) بقوله فاذا هو حر (ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الدعوى شرط فى حرية العبد عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قوله أنا حر بعد قوله أنا عبد متناقض (و التناقض يفسد الدعوى) فكيف تثبت الحرية. و أجابوا عنه بجوابين. أشار المصنفؒ إلى الجواب الأول بقوله (و قيل إن كان الوضع في حرية الأصل) فلقبول البينة وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخؒ و هو عدم اشتراط الدعوى لقبول الشهادة على حرية الاصل و هو معنى قوله (فالدعوى فيها ليس بشرط عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (لتضمنه) أى لتضمن الدعوى أى دعوى حرية الاصل و ذكر الضمير الراجع إلى الدعوى على معنى الادعاء (تحريم فرج الأم) و أشار إلى الوجه الثاني بقوله (و قيل هو (٢) شرط) أى الدعوى شرط على تأويل الادعاء (لكن التناقض) هنا لم يمنع صحة الدعوى فانه (غير مانع لخفاء العلوق) أى حال العلوق و كل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو و قوله (و إن كان الوضع فى الإعتاق) هو الجواب الثانى أراد أنه إن كان المراد به الحرية بعتاق عارض (فالتناقض) في الدعوى (لا يمنع) صحة الدعوى فى العتق لانه أمر يجرى فيه الخفاء (لاستبداد المولى به) أى لتفرد المولى بالاعتاق فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك (فصار) هذا (كالمختلعة) أى كالمرأة التي اختلعت (تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع) فانها تقبل منها و إن تناقضت للخفاء في تطليقة لاستبداده به و إنما قيد (٣) بالثلاث لان فيما دون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج بينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذى قد أثبتته المرأة قبل(٤)يوم أو يومين. و أما في الثلاث فلا يمكن (٥) ذلك (و المكاتب يقيمها) أي يقيم البينة

(١)يرجعون –ن– فانهم يرجعون. (٢)هو شرط. أقول تذكير الضمير الراجع الى الدعوى لكونها فى تاويل أن يدعى و هذا مطرد فى المصادر المؤنثة أو فى تاويل الادعاء أو باعتبار الخبر كذا فى السعدية. (٣)انما قيد الخ. كذا فى العناية و الكفاية. (٤)قبل يوم أو يومين. أقول من وقت الخلع كذا فى السعدية. (٥)فلا يمكن ذلك. أقول اذ فرض المسألة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة و التحليل بعد الطلاق الذى أقامت البينة عليه كذا فى السعدية.

على الإعتاق قبل الكتابة. قال و من ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي و إن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل و دلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة.

(على الإعتاق قبل الكتابة) فانها تقبل منه لاستبداد سيده بالتحرير ثم المرأة و المكاتب يستردان بدل الخلع و الكتابة بعد إقامتهما البينة على ما ادعياه. و قال الناطفي في الاجناس رجل باع غلاماً و هو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع أنا حر لا يقبل قوله و هو عبد و زاد في مختصر الطحاوى و قيل له بعد البيع قم مع مولاك فقام فذاك إقرار منه بالرق. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من ادعى حقاً فى دار معناه حقاً مجهولاً) (١) فأنكر المدعي عليه (فصالحه الذى هو في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعاً منها) أي موضع ذراع منها (لم يرجع بشيء) أي لم يرجع المدعى عليه على المدعي (لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي) فلا يثبت حق الرجوع بالشك (و إن ادعاها كلها) أي كل الدار (فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لأن التوفيق غير ممكن) لأن المائة كانت وقعت بدلاً عن كل الدار و البدل يقسم على أجزاء المبدل فلما استحق بعض المبدل تعين الرجوع (فوجب الرجوع ببدله) أي بحصته (عند فوات سلامة المبدل) لأنه أخذ ذلك القدر من البدل بغير حق. و قال المصنف رحمه الله تعالى (و دلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة) و دلت المسألة أيضاً على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة و لهذا لا تقبل البينة على ذلك إلا إذا ادعى إقرار المدعي عليه بالحق فحينئذ تصح الدعوى و تقبل البينة و الاقرار عن المجهول جائز عندنا.

---

(١) مجهولا. و فى البحر ص ٢٤٤ ج٦. قيد بالمجهول لأنه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع ما دام فى يده ذلك المقدار و ان بقى أقل منه رجع بحساب ما استحق. و فى جامع الفصولين: شراه فبنى فاستحق نصفه و رد المشترى ما بقى على البائع له أن يرجع على بائعه بثمنه و بنصف قيمة البناء لأنه مغرور فى النصف و لو استحق نصفه المعين فلو كان البناء فى ذلك النصف خاصة رجع بقيمة البناء أيضا و لو كان البناء فى النصف الذى لم يستحق فله أن يرد البناء و لا يرجع بشيء من قيمة البناء. و لو اشترى نصفه مشاعا فاستحق نصفه قبل القسمة فالمبيع نصفه الباقى و لو استحق بعد القسمة فالمبيع نصف الباقى و هو الربع. سئل بعضهم عمن اشترى أرضا فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحق الأشجار هل لها حصة من الثمن؟ قال: لا كما في ثوب قن و قنة و برذعة حمار فان ما يدخل تبعا لا حصة له من الثمن إلى آخره و ثبت في بعض النسخ كما شرح عليه العيني.

فصل في بيع الفضولي

قال و من با ع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع و إن شاء فسخ. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا ينعقد

(فصل في بيع الفضولي)

أي هذا فصل في بيان حكم بيع الفضولي و هو نسبة إلى الفضول جمع الفضل يعني الزيادة. و في المغرب (١) و قد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل:

فضول (٢) بلا فضل و سن بلا سنا و طول بلا طول و عرض بلا عرض

ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي و هو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل و بفتح الفاء خطأ انتهى كلامه. و قيل (٣) الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع و لم يرد في النسبة إلى الواحد و إن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصاري و الأعرابي. و قال (٤) الأكملّ مناسبة هذا الفصل لباب الإستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الإستحقاق لان المستحق انما (٥) يستحق و يقول عند الدعوى هذا ملكي. و من باعك فانما باعك بغير إذني فهو عين بيع الفضولي. قلت لا يقال مناسبة هذا الفصل بباب الإستحقاق و إنما يقال هذا الفصل داخل في الباب الذي قبله لان المصنفين إذا ذكروا فصلاً أو فصلين أو أكثر عقيب باب يقولون هذا داخل في الباب الذي قبله و إنما يفردونه بالذكر لانه ليس بداخل فيه من كل وجه فافهم. (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من با ع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع و إن شاء فسخ) و به قال (٦) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا ينعقد) أي بيع الفضولي لا ينعقد أصلاً و عنده تصرفات الفضولي كلها باطلة في الجديد و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و في القديم كمذهبنا

---

(١) المغرب مادة فضل ص١٤٢ ج٢. (٢) فضول (بضم الفاء) بلا فضل (بفتح الفاء) و سن (بكسر السين مع تشديد النون) بلا سنا (بفتح السين مع تخفيف النون) و طول (بضم الطاء) بلا طول (بفتح الطاء) و عرض (بفتح العين) بلا عرض (بكسر العين). (٣) قيل الخ. كذا في البحر ص٢٤٥ ج٦ معزيا إلى النهاية. و في فتح القدير ص١٨٨ ج٦. الفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه و ما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر. (٤) قال الأكملّ في العناية ص١٨٨ ج٦. (٥) إنما يستحق الخ. أقول كلمة إنما لا تلائم قوله صورة من صور الاستحقاق كذا في السعدية. (٦) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى في رواية الخ. كذا في شرح الوجيز ص٣٢ ج٤. أقول جواز بيع الفضولي مروى عن جماعة من السلف منهم علي و ابن عباس و ابن مسعود و ابن عمر رضي الله تعالى عنهم كما في اعلاء السنن باب بيع ما ليس عنده ص١٥٨ ج١٤.

لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو بإذن المالك و قد فقدا و لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية. و لنا أنه تصرف تمليك و قد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره

(لانه) أي لان بيع ملك غيره (لم يصدر عن ولاية شرعية) قال الكاكي احترز به عن الولاية الحسية فإنها تثبت بمجرد اليد سواء كانت اليد حقاً أولا. و قال غيره يعنى لم يصدر عن ولاية شرعية لأنه أضاف التصرف إلى محل ليس له ولاية عليه فيلغو (لانها) أي لان الولاية الشرعية تثبت (بالملك) المطلق للتصرفات (أو باذن المالك) الذي له ولاية التصرف (و قد فقدا) على صيغة المجهول أى فقد الملك و المالك يعني لم يوجدا (و لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية) أى بالولاية الشرعية و قد عدمت و لقوله (١) عليه الصلاة و السلام لحكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه لا تبع ما ليس عندك. (و لنا أنه) أي أن بيع الفضولي (تصرف (٢) تمليك) هذا من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه و إنما قال تصرف تمليك و لم يقل تمليك لان التمليك (٣) من غير المالك لا يتصور و أما كونه تصرف تمليك فلأن ركن البيع تمليك مال بمال و هو قصد إيقاعه تمليكاً في محل قابل للملك و لكن لا ينفذ في الحال قبل الإجازة لئلا يتضرر المالك. و قال الكاكي و قيد التصرف بالتمليك احترازاً عن تصرف هو اسقاط كالطلاق و العتاق بمال أو بغير مال من الصبي و المجنون فان هذه التصرفات منهما لا تصح و لا تتوقف على إجازة الولي و لا على اجازة نفسهما بعد البلوغ و الإفاقة بخلاف ما إذا اشترى الصبي شيئاً أو تزوج امرأة أو زوج أمته فان هذه التصرفات منه تتوقف على إجازة الولي أو إجازة نفسه بعد البلوغ (و قد صدر) أى و الحال أن هذا العقد قد صدر (من أهله) و هو كونه عاقلاً بالغاً (في محله) أى في محل العقد و هو كونه مالاً متقوماً (فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه) أى في هذا العقد (للمالك مع تخييره) أى مع كونه مخيراً بين الإجازة و الفسخ

---

(١)لقوله عليه الصلاة و السلام الخ. قد مر تخريجه في هامش البناية ص١٢٤ ج١٠. (٢)تصرف تمليك. من إضافة العام إلى الخاص كحركة الاعراب و الاضافة في مثله بيانية أى تصرف هو تمليك و حركة هى إعراب و لا حاجة الى هذا القيد هنا لأن تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت و للتصرف مجيز أى من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع و الاجازة و الهبة و التزويج و التزوج أو إسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فاجاز طلقت و انعقد وكذا سائر الاسقاطات للديون و غيرها و كان الأحسن أن يقول تصرف شرعى كذا فى فتح القدير ص١٨٩ ج٦. (٣)لأن التمليك الخ. أقول فيه منع فان وصي اليتيم مثلا ليس بمالك لمال اليتيم و يملكه بالبيع بالاتفاق و أيضا اذا كان إضافته من قبيل إضافة العلم إلى الفقه يكون قولنا تصرف تمليك فى معنى تمليك اذ معناه حينئذ تصرف هو تمليك كذا فى السعدية.

بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشترى و قرار الثمن و غيره و فيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء و فيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه كيف و إن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع

(بل فيه) أى في هذا العقد (نفعه) أى نفع للمالك (حيث يكفي مؤنة طلب المشتري و قرار الثمن و غيره) (١) و هو حقوق العقد فانها لا ترجع إلى المالك (و فيه) أى في هذا العقد (نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء و فيه نفع المشترى) لانه أقدم عليه طائعاً و لولا النفع لما أقدم (فثبت القدرة الشرعية) هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ و لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية أى ثبت القدرة الشرعية و هو التصرف الذى ينعقد به العقد (تحصيلاً لهذه الوجوه) أى لاجل تحصيل هذه الوجوه و هي كفاية مؤنة طلب المشتري و قرار الثمن و نفع العاقدين لصون كلامهما عن الإلغاء. (كيف و إن الإذن ثابت دلالة) فهذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى لان الولاية الشرعية باذن المالك و قد فقد الاذن فقال كيف لا ينعقد بيع الفضولي لعدم الإذن من المالك و الحال أن الإذن ثابت دلالة أي فى حق انعقاد العقد لاشتماله على النفع (لان العاقل يأذن في التصرف النافع) و قيل (٢) قوله كيف و إن ... إلى آخره جواب عما يقال القدرة بالملك أو بالاذن و لم يوجدا فأجاب عن ذلك منكراً بقوله كيف و ان... إلى آخره. فان قيل لو كان الإذن ثابتاً دلالة فيما هو نافع يكون الرضى من المالك متحققاً دلالة فينبغي أن لا يثبت له الخيار. قلنا الاذن ثابت دلالة فيما هو نافع لا فيما هو ضار و في الإنعقاد نفع فيثبت من وجه و في انعقاده بغير اختياره ضرر فلا يثبت الإذن في حقه فلذلك يخير. و الجواب (٣) عن حديث حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه

---

(١)و غيره كمؤنة طلب الوكيل عند العجز. (٢)قيل الخ. قائله الأكمل في العناية ص١٨٩ ج٦. (٣)و الجواب الخ. نحوه فى فتح القدير ص١٨٨ ج٦. و فيه أيضا قلنا المراد البيع الذي تجرى فيه المطالبة من الطرفين. و فى إعلاء السنن ص ٤١٠ ج١٤. و الأولى عندى فى الجواب أن يقال إن المنهى عنه هو البيع إصالة و ما نحن فيه ليس كذلك لأن الفضولي يبيع ملك غيره نيابة منه لا إصالة و لا فرق بينه و بين الوكيل إلا بأن الوكيل مأمور و الفضولي ليس بمأمور و بيع الوكيل ليس بداخل في بيع ما ليس عنده بالاتفاق فكذلك بيع الفضولي ليس بداخل فيه و وجه الأولوية أنه تقرر في الاصول أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص المورد و قد روى عن عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنه أنه قال قال رسول الله ﷺ لا يحل سلف و بيع و لا شرطان فى بيع و لا ربح ما لم يضمن و لا بيع ما ليس عندك أخرجه أبوداود و الترمذي و صححه و النسائى و ابن ماجة رحمهم الله تعالى (ص١٥ ج٥) و ليس فيه ذكر السبب فلا يختص به و التخصيص بالبيع النافذ تخصيص من غير مخصص و ليس هذا فيما قلنا لأن بيع الوكيل خارج منه بالاجماع و لا يقال له إنه بائع بما ليس عنده لأنه ليس ببائع إصالة بل هو بائع نيابة و الفضولي أيضا كذلك غاية ما في الباب أنه فضولي فى هذه النيابة فلا يقال له إنه بائع لما ليس عنده كما لا يقال ذلك للوكيل فتأمل.

....

الذي استدل به الشافعي رحمه الله تعالى يعني لا تبع ما ليس عندك بأن المراد أن يبيعه ثم يشتريه و يسلمه بحكم ذلك العقد. و الدليل عليه قول حكيم رضى الله تعالى عنه يا رسول الله ﷺ إن الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها فقال عليه الصلاة و السلام لا تبع ما ليس عندك. و قال الأترازي في الاستدلال لأصحابنا و لنا ما روى أصحابنا في كتبهم كالاسرار و غيره في حديث عروة البارقي رضى الله تعالى عنه ان النبي ﷺ اعطاه ديناراً يشتري به أضحية فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار و جاء بالشاة و الدينار الآخر إلى النبي ﷺ و أخبره بذلك فقال ﷺ بارك الله في صفقتك فأما الشاة فضح بها و أما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشترى له عليه الصلاة و السلام بغير أمره. و أجاز عليه الصلاة و السلام بيعه ثم قال و في كتب الحديث عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه. قلت أما حديث عروة البارقي رضى الله تعالى عنه فرواه (١) الترمذيّ حدثنا أحمد بن سعيد الدارمي ثنا حبان ثنا هارون بن موسى ثنا الزبير بن خرّيت عن أبي لبيد عن عروة البارقي رضى الله تعالى عنه قال دفع إليّ رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة فاشتريت له شاتين فبعت أحدهما بدينار و جئت بالشاة و الدينار إلى النبي ﷺ فذكر له ما كان من أمره فقال بارك الله لك في صفقة يمينك فكان بعد ذلك يخرج إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً قال الترمذيّ و أبو لبيد اسمه لمازة (٢) و أخرجه ابن ماجةّ عن أحمد بن سعيد. و أما حديث حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه فرواه (٣) الترمذيّ أيضاً حدثنا أبو كريب حدثنا أبوبكر بن عياش عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ بعث حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه يشتري له أضحية بدينار فاشترى أضحية فاربح فيها ديناراً فاشترى أخرى

(١) رواه الترمذيّ في البيوع في الباب الذي بعد ما جآء في اشتراط الولاء و الزجر عن ذلك ص ١٥١ ج ١ و قال المنذري و النووي رحمهما الله تعالى اسناده صحيح و ابن ماجةّ في الأحكام باب الأمين يتجر فيه فيربح ص ١٧٥ و أبوداودّ في البيوع باب في المضارب يخالف ص ١٢٤ ج ٢. فان قلت في اسناد أبي داود و ابن ماجة رحمهما الله تعالى سعيد بن زيد رحمه الله تعالى ضعيف ضعفه يحيى القطانّ. قلت سعيد بن زيد رحمه الله تعالى من رجال مسلمّ و استشهد به البخاريّ و وثقه جماعة كذا في العمدة ص ١٦٦ . ج ١٦ . (٢) لمازة بضم اللام ابن زبار بفتح الزاي و تشديد الباء الموحدة و قد ذكره ابن سعدّ في الطبقات الثانية و قال سمع من علي رضى الله تعالى عنه و كان ثقة و قال أحمد رحمه الله تعالى صالح الحديث و أثنى عليه ثناء حسنا كذا في العمدة ص ١٦٦ ج ١٦.
(٣) فرواه الترمذيّ في البيوع في الباب الذي بعد باب ما جآء في اشتراط الولاء و الزجر عن ذلك ص ١٥١ ج ١.

قال و له الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً و المتعاقدان بحالهما لان الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه و ذلك بقيام العاقدين و المعقود عليه و إذا أجاز المالك

مكانها فجاء بالأضحية و الدينار إلى رسول الله ﷺ فقال ضح بالشاة و تصدق بالدينار و رواه (١) أبوداودٌ أيضاً عن محمد بن كثير. و لما أخرج الترمذيّ هذا الحديث لم يسكت عنه بل قال و حبيب بن ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه قيل حديث حكيم رضى الله تعالى عنه لا يصح لأنه إما منقطع أو في اسناده مجهول قلت الانقطاع فياسناد الترمذيّ و المجهول في إسناد أبى داودٌ. (قال) أي القدوريّ (و له الإجازة) أي و للمالك إجازة البيع الذى عقد الفضولي (إذا كان المعقود عليه باقياً و المتعاقدان بحالهمالأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه) أى من قيام العقد (و ذلك) أى قيام العقد (بقيام العاقدين و المعقود عليه) كما في الانشاء و بقاء الفضولي يشترط لصحة الإجازة في البيع لا في النكاح حتى لو زوج رجل ابنته الصغيرة من رجل غائب ثم مات الأب و بلغ الزوج النكاح فأجاز ذلك فهو جائز و هذا نص أن بموت الأب لا ينقطع نكاح الصغيرة كذا فى الفصول للأستروشيّ. (و إذا أجاز (٢) المالك) البيع

---

(١)رواه أبوداودٌ فى البيوع باب في المضارب يخالف ص ١٢٤ ج٢. حدثنا محمد بن كثير العبدى انا سفيان حدثنى أبو حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه الخ. (٢)و اذا أجاز المالك الخ. و فى الدر المختار ص٣٢ ج٢. و هل للمشتري الرجوع على الفضولي بمثله لو هلك فى يده قبل الاجازة الأصح نعم ان لم يعلم أنه فضولى وقت الاداء لا إن علم قنية. و اعتمده ابن الشحنةٌ و أقره المصنفٌ و جزم الزيلعى و ابن ملك رحمهما الله تعالى بأنه أمانة مطلقا اه و فى رد المحتار على الدر المختار ص١٥٧ ج٤. (قوله و هل للمشترى الخ) و حاصله أنه اذا لم توجد الاجازة يبقى الثمن غير العرض على ملك المشترى فاذا هلك فى يد الفضولى هل يضمنه للمشترى ففى شرح الوهبانية قال فى القنية بعد أن رمز للقاضى عبد الجبار و القاضى البديع اشترى من فضولى شيا و دفع اليه الثمن مع علمه بانه فضولى ثم هلك الثمن فى يده و لم يجز المالك البيع فالثمن مضمون على الفضولى ثم رمز لقاضى خان و قال رجع على الفضولى بمثل الثمن ثم رمز لبرهان صاحب المحيط و قال لا يرجع عليه بشىء ثم رمز لظهيرالدين المرغينانى و قال ان علم أنه فضولى وقت أداء الثمن يهلك أمانة ذكره فى المنتقى قال البديع و هو الاصح اه و علة تصحيح كونه أمينا أن الدفع اليه مع العلم بكونه فضوليا صيره كالوكيل اه (قوله و اعتمده ابن الشحنة) كانه أخذ اعتماده له من ذكره علة التصحيح المذكورة تأمل (قوله و أقره المصنف) قلت و به جزم فى البزازية و جامع الفصولين و عزاه فى شرح الملتقى الى القهستانى عن العمادية (قوله و جزم الزيلعى و ابن ملك الخ) حيت قالا و اذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يد المفضولى بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبلها لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة اه. و به علم أن قول الشارح مطلقا معناه سواء هلك قبل الاجازة او بعدها فافهم ثم اعلم ان المتبادر من كلام الزيلعى و ابن ملك أن المراد اذا وجدت الاجازة لا يضمن الفضولى الثمن سواء هلك قبلها أو بعدها لان الثمن غير العرض يصير ملكا للمجيز لان الفضولى =>

كان الثمن مملوكاً له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لان الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة و للفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعاً للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض

(كان الثمن مملوكاً له) أى للمالك (أمانة في يده) أى فى يد الفضولي (بمنزلة الوكيل) بالبيع إذا باع و قبض الثمن فإنه أمانة في يده (لأن الإجازة اللاحقة) في بيع الفضولي (بمنزلة الوكالة السابقة) في البيع بالوكالة من حيث أن كلاً منهما يثبت الحكم و يرفع المانع و المال في يد الوكيل أمانة فكذا في يد الفضولي. فإن قلت ليس كذلك فإن المشتري من الفضولي اذا باع ثم أجاز المالك البيع بطل البيع الثاني و لو كان البيع الأول صدر من الوكيل لا يبطل البيع الثاني. قلت الملك البات إذا طرأ على ملك موقوف أبطله و قد طرأ الملك البات للمشتري الأول فأبطل الملك الموقوف الذي كان للمشتري الثاني (و للفضولي أن يفسخ) أي البيع (قبل الاجازة) أى قبل إجازة المالك (دفعاً للحقوق عن نفسه) لما أن الحقوق ترجع إلى الوكيل فانه بعد الاجازة يصير بمنزلة الوكيل فترجع الحقوق إليه فله أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه و كذلك للمشتري أن يفسخه. فإن قيل في القول بجواز فسخه قبل الإجازة ضرر للمالك كما ذكرنا أن للمالك فيه نفعا فيفوت ذلك بالفسخ قلنا ضرر المالك يحصل في ضمن دفع الضرر عن نفسه فلا يعتبر. (بخلاف الفضولي في النكاح) حيث لا يجوز له أن يفسخه قيل إجازة الموقوف له أو فسخه لأن الحقوق لا ترجع إليه (لأنه معبر محض) و سفير فإنه لما عبر انتهى أمره فصار بمنزلة الأجنبي بخلاف الفضولي في البيع

=> بالاجازة اللاحقة صار كالوكيل فيكون الثمن فى يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فيهلك على المجيز و ان كانت الاجازة بعد الهلاك و المتبادر من كلام القنية أن الاجازة لم توجد أصلا لا قبل الهلاك و لا بعده فلذا اختلف المشايخ فى ضمانه و عدمه و أما ما ذكره الزيلعي و ابن ملك فلا وجه للاختلاف فيه فلا منافاة بين النقلين هذا ما ظهر لي فتدبره و بقي ما اذا هلك الثمن العرض فى يد الفضولى قبل الاجازة ففى جامع الفصولين يبطل العقد ولا تلحقه الاجازة و يضمن للمشترى مثل عرضه أو قيمته لو قيميا لانه قبضه بعقد فاسد اه (تتمة) لم يذكر حكم هلاك المبيع و ذكره فى جامع الفصولين و حاصله انه لو هلك قبل الاجازة فان كان قبل قبض المشترى بطل العقد و ان بعده لم يجز بالاجازة و للمالك تضمين أيهما شاء و أيهما اختار تضمينه ملكه و يبرأ الآخر فلا يقدر على أن يضمنه ثم ان ضمن المشترى بطل البيع لان أخذ القيمة كاخذ العين و للمشترى أن يرجع على البائع بثمنه لا بما ضمن و ان ضمن البائع فان كان قبض البائع مضمونا عليه أى بان قبضه بلا اذن مالكه نفذ بيعه بضمانه و ان كان قبضه أمانة و انما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع لا ينفذ بيعه بضمانه لان سبب ملكه تأخر عن عقده و ذكر محمد رحمه الله تعالى فى ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع و قيل تأويله انه سلم أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كمغصوب اه.

هذا إذا كان الثمن ديناً فإن كان عرضاً معيناً إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقياً أيضاً ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي و عليه مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه و الشراء لا يتوقف على الإجازة.

لأنه لا ينتهي أمره بالبيع لما ذكرنا أن الحقوق ترجع إليه. و قال الكاكيٌ قال (١) شيخي العلامة صاحب النهاية رحمه الله تعالى هذا إذا كان الفسخ بالقول أما إذا كان الفسخ بالفعل بأن زوج الفضولي رجلا امرأة برضاها فقبل إجازة الزوج زوجه أختها كان ذلك نقضاً للنكاح الأول كذا ذكره في الفصول الأسترو شنية (هذا) أي ما قلنا من اشتراط قيام المتعاقدين و المعقود عليه في بيع الفضولي (إذاكان الثمن ديناً) كالدراهم والدنانير و الفلوس و الكيلي و الوزني الموصوف بغير عينه. (فإن كان) أي الثمن (عرضا معينا) أى مما يتعين بالتعيين في العقد (إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقياً أيضاً) فههنا قيام خمسة أشياء يشترط البائع و المشتري و المالك و المبيع و قيام ذلك العرض و فيما إذا كان الثمن ديناً يشترط قيام الأربعة من الخمسة المذكورة فقط و الخامس و هو العرض ليس بشرط. و في الفصل الأول قيام الثمن في يد البائع ليس بشرط فإن أجاز المالك بعد قيام الأربعة جاز البيع و لو لم يجز المالك البيع و فسخه انفسخ البيع و له أن يسترد المبيع و يرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان نقده و لو مات المالك قبل الإجازة انفسخ البيع. (ثم الإجازة) أي الإجازة في بيع المقايضة يعني فيما إذا كان الثمن عرضا معينا (إجازة نقد) أي إجازة أن ينقد الثمن من ماله لأن العوضين إذا كانا عرضاً كان العقد شراء من وجه و الشراء لا يتوقف بل ينفذ على الفضولي فيصير ملكاً له و بإجازة المالك لا ينتقل الملك إليه فيكون تأثير الإجازة في أن ينقد الفضولي الثمن من مال المجيز و هذا استقراض حصل في ضمن الشراء فيصح حكماً له كما لو قال اشتر لي عبد فلان بعبدك هذا فاشتراه جاز و على الآمر قيمة عبد المأمور لأنه صار كالمستقرض لعبده فيجب عليه مثله إن كان مثلياً و قيمته إن لم يكن (لا إجازة عقد) لأنه نقد (حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي) كما ذكرناه الآن (و عليه) أي على الفضولي (مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً لأنه) أي لان البيع بالعرض (شراء من وجه) لأنه بيع مقايضة (و الشراء لا يتوقف على الإجازة) أي على إجازة من اشترى له لأن الأصل في التصرفات النفاذ و التوقف للضرورة و لأن الأصل في تصرف الانسان أن يكون واقفاً على نفسه.

---

(١)قال شيخي الخ. و في البحر ص٢٤٧ ج٦. و في البزازية: الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول و لا بالفعل و في النهاية: أن له الفسخ بالفعل و في الخانية: خلافه اه ملخصا.

و لو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره و لو أجاز المالك في حياته و لا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولاً و هو قول محمد رحمه الله تعالى لان الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى و قال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك.

فإن قلت لو كان كذلك لما صح العقد إذا با ع الوكيل بالعرض لأن الموكل وكل بالبيع لا بالشراء. قلت صح لأن التوكيل بالبيع مطلق و البيع يكون بالدين و العين و الموكل عالم بذلك فلما أطلق الوكالة صار كأنه قال بعه بأي طريق شئت فيجوز بأي طريق با ع. (و لو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث) أي وارث المالك (في الفصلين) أي فيما اذا كان الثمن عرضاً أو ديناً. فإن قلت هو فى الفصل الثاني مشترى فكان ينبغي أن ينفذ الشراء في حق الفضولي قلت لا ينفذ لعجزه عن تسليم الثمن لأنه ملك الغير و قد مات المالك قبل الإجازة. (لأنه) أي لأن بيع الفضولي (توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره) لأن الإجازة عبارة عن اختيار العقد الذي باشره الفضولي و الاختيار لا يحتمل النقل لأنه لا يتصور في الأعراض. فإن (١) قلت يشكل بأمة تزوجت بغير إذن مولاها ثم مات المولى فإنه ينعقد بإجازة الوارث إذا لم يحل له وطئها قلت الأمة تتصرف بأهليتها لأنها باقية على أصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية و النكاح من خواصها. و انما يتوقف على إجازة المالك كيلا يتضرر المالك و الوارث مالك كالمورث و لم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف. (و لو أجاز المالك فى حياته) ثم مات (و لا يعلم حال المبيع) يعني باق أو غير باق (جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولاً و هو قول محمد رحمه الله تعالى لأن الأصل (٢) بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى و قال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة) و هو بقاء المسمى (فلا يثبت مع الشك) فإن (٣) قلت الشك متساوى الطرفين و قد ترجح جانب الوجود هنا. قلت إستصحاب الحال لا يصلح للاثبات

---

(١)فان قلت الخ. كذا فى الكفاية ص١٩٣ ج٦. (٢)لأن الأصل بقاؤه. أقول اذ الظاهر بقاء ما وجد كذا فى السعدية. (٣)فان قلت الخ. و فى الكفاية ص١٩٣ ج٦. فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه و ههنا طرف البقاء راجح لأن الأصل فى كل موجود بقاؤه ما لم يتيقن بالمزيل و ههنا لم يتيقن بالمزيل فكان باقيا عملاً بالأصل قلنا ذاك عمل باستصحاب الحال و هو يصلح حجة للدفع لا للاثبات و هنا يحتاج إلى نفاذ البيع و ثبوت الملك فى المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح الاستصحاب حجة فيه فكان هذا نظير استحقاق الشفعة بظاهر الملك للشفيع بما فى يده عند انكار المشترى ملكه حيث لا يكتفى به.

قال و من غصب عبداً فباعه و أعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز استحساناً و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى. و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك قال عليه الصلاة و السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم و الموقوف لا يفيد الملك

فسقط إعتبار ترجيح جانب الوجود فصار متساوي الطرفين لتحقق الشك. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من غصب عبداً فباعه و أعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) من المشترى (استحساناً و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير و لم يذكر فيها الاختلاف و لهذا قالوا في شروح الجامع الصغير أن العتق جائز استحساناً في قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز) قياساً و به قال زفر و الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و هذه (١) المسألة من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى حين عرض هذا الكتاب عليه فإن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال ما رويت لك عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العتق جائز و إنما رويت أن العتق باطل. و قال محمد رحمه الله تعالى بل رويت لي أن العتق جائز (لأنه) أي لأن الشأن (لا عتق بدون الملك قال عليه الصلاة و السلام) أي قال النبي ﷺ (لا عتق فيما لا يملك ابن آدم) هذا الحديث أخرجه (٢) أبوداود و الترمذى رحمهما الله تعالى و اللفظ للترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا نذر لابن آدم فيما لا يملك و لا عتق له فيما لا يملك و لا طلاق له فيما لا يملك و قال حديث حسن صحيح و قد تقدم (٣) فى كتاب العتق مع الكلام فيه مستقصى (و الموقوف) أي البيع الموقوف نفوذه على إجازة المالك (لا يفيد الملك) ألا ترى أن بيع الفضولي لا يفيد الملك

---

(١) و هذه المسألة الخ. كذا فى فتح القدير ص١٩٣ ج٦. و فيه أيضا: و إثبات مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحا و أقل ما هنا أن يكون فى المسألة روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذه رواية محمد عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى و نحن سمعنا من أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز عتقه. (٢) أخرجه أبوداود فى الطلاق باب فى الطلاق قبل النكاح ص٣٠٥ ج١ و الترمذي فيه باب ما جآء لا طلاق قبل النكاح ص١٤١ ج١ و ابن ماجة فيه باب لا طلاق قبل النكاح ص١٤٨. أقول لعل الجواب عن هذا الحديث بأن المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ و هو عند نفاذ العتق مالك له ملكا تاما و ان عمم العتق للنافذ و غيره يعمم الملك أيضا بلا فرق فليتأمل كذا فى السعدية. (٣) تقدم فى كتاب العتق البناية ص٨ ج٨.

و لو ثبت في الأخرة يثبت مستنداً و هو ثابت من وجه دون وجه و المصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا و لهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان و لا أن يعتق المشتري و الخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك. و كذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان. و كذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان.

للمشتري في الحال بالإجماع و لا ملك للمشتري من الغاصب في الحال. (و لو ثبت في الأخرة) بالفتحات بمعنى الأخير (يثبت مستنداً) إلى سببه و هو بيع الغاصب (و هو) أي الملك الثابت بطريق الاستناد (ثابت من وجه دون وجه و المصحح للإعتاق الملك (١) الكامل لما روينا) و هو قوله عليه الصلاة و السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم (و لهذا) هذا استيضاح من المصنفّ بفروع تؤنس ذلك منها قوله (لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) و هو راجع إلى قوله لأنه لا عتق بدون الملك فالغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان لا يعتق و إن كانت المضمونات بملك مستندة إلى أول السبب لما قلنا أن الملك المستند ثابت من وجه دون وجه (و لا أن يعتق المشتري و الخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك) هذا راجع إلى قوله و الموقوف لا يفيد الملك حاصله أنه لا ينفذ عتق المشتري العبد و الحال أن البائع كان بالخيار ثم أجاز البيع. (و كذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني أن المشتري من الغاصب اذا باع العبد المغصوب من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك و أراد بقوله (فيما نحن فيه) المسألة المصدرة بقوله و من غصب عبداً فباعه و أعتقه المشتري إلى آخره فالعتق لايصح عند محمد رحمه الله تعالى كما ذكر (مع أنه) أي أن البيع (أسرع نفاذاً) من العتق أي أقل احتياجاً إلى الملك فيا لنفوذ من العتق (حتى نفذ) أي البيع (من الغاصب إذا أدى الضمان و كذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) يعني إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان يعني المشتري من الغاصب إذا أعتق العبد الذى اشتراه منه ثم ملك الغاصب باداء الضمان و أجاز العتق

---

(١) الملك الكامل. و فى العناية ص ١٩٤ ج٦. و لا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز و ليس الملك فيه كاملا لأن محل العتق هو الرقبة و الملك فيها كامل فيه اه. أقول قوله لأن محل العتق الخ تعليل لقوله و لا يشكل الخ. و فى الكفاية: فان قيل الملك الناقص يكفى لصحة الاعتاق ألا ترى أنه لو اعتق المكاتب يصح و الملك فى المكاتب ناقص بدليل حرمة وطء المكاتبة بخلاف المدبرة فان الملك فيها كامل و الرق ناقص و فى المكاتب على العكس قلنا نعم كذلك إلا أن الكتابة تنفسخ فى ضمن الاعتاق لما أن عقد الكتابة غير لازم فى جانب العبد و أنه لما رضى بالاعتاق بالبدل كان رضى للاعتاق بدون البدل.

و لهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك و لا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه و ينفذ بنفاذه و صار كإعتاق المشتري من الراهن و كإعتاق الوارث عبداً من التركة و هي مستغرقة بالديون يصح و ينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك.

لا ينفذ. (و لهما) اى لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أن الملك ثبت موقوفاً) أي ثبت ملك المشتري من الغاصب موقوفاً على إجازة مالك العبد (بتصرف مطلق) بفتح اللام و قيل بالكسر و الأول (١) أشهر و احترز به عن البيع بشرط الخيار لأن الملك ثمة لم يثبت أصلاً لا موقوفاً و لا باتاً و وصف المطلق بوصفين أحدهما و هو قوله (موضوع لإفادة الملك) و احترز به عن الغصب فإنه لم يوضع لإفادة الملك و الآخر بقوله (و لا ضرر فيه) أي في اعتاق المشتري (على ما مر) أشار به إلى قوله إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره كذا قاله الكاكيّ. و قال الأترازيّ على ما مر إشارة إلى قوله و لنا أنه تصرف تمليك و قد صدر من أهله في محله إلى آخره. قلت الأول أظهر (فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه) أي على الملك الموقوف (و ينفذ) أي الاعتاق (بنفاذه) أي بنفاذ الملك لأنه من حقوقه و الشيء إذا نفذ نفذ بحقوقه و إذا توقف توقف بحقوقه. (و صار) أي إعتاق المشتري من الغاصب (كاعتاق المشتري من الراهن) فإنه يتوقف نفاذه على إجازة المرتهن أو فك الرهن و الجامع بينهما أنه اعتاق في بيع موقوف (و كاعتاق (٢) الوارث عبداً من التركة و هي) أي التركة و الواو للحال أي و الحال أن التركة (مستغرقة بالديون يصح) أي الإعتاق موقوفاً (و ينفذ إذا قضي الديون بعد ذلك) أي بعد اعتاق الوارث ثم شرع المصنفّ في الجواب عن المسائل المذكورة التي ذكرها محمد رحمه الله تعالى تأسيا لما ذهب إليه فقال (بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه) حيث لم ينفذ بعد ضمان القيمة (لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك) لأنه عدوان محض و هذا التعليل لا يتم لأنه يرد عليه أن لا ينفذ بيعه أيضاً عند إجازة المالك لأنه لم يوضع لإفادة الملك كما لا ينفذ عتقه لما أن كلاً من جواز البيع و العتق يحتاج إلى الملك و لكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة لأن المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك و لهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة و حكم الملك يكفي لنفوذ

---

(١)و الأول أشهر. و فى الفتح: و الفتح أصح. (٢)و كاعتاق الوارث الخ. هذا أبعد من الأول ذكره المصنفّ للاستظهار به كذا فى العناية ص١٩٥ ج٦. و فى السعدية: قوله هذا أبعد من الأول الخ. أقول لأن في الأول البائع مالك لرقبة المبيع و الوقف لحق المرتهن.

و بخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق و قران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً و بخلاف المشتري من الغاصب إذا باع لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله

البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه و ههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك و لهذا استحق الزوائد المتصلة و المنفصلة جميعاً (و بخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع) حيث لا ينفذ العتق جواب عن المسألة الثانية (لأنه) أي لأن البيع بالخيار (ليس بمطلق) أي غير تام (و قران الشرط به) أي بالبيع أو بالعقد (يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً) فكان الملك معدوماً لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف إعتاق المشتري محلاً مملوكاً له فيلغو. (و بخلاف المشتري من الغاصب إذا باع) هذا جواب المسألة الثالثة بيانه أن الذي اشترى من الغاصب إذا باع ما اشتراه لا يتوقف بيعه بل يبطل (لأن بالإجازة) أى بإجازة البيع الأول (يثبت للبائع) و هو المشتري من الغاصب (ملك بات) أي من كل وجه (فإذا طرأ) أى الملك البات (على ملك موقوف لغيره) أي لغير المشتري من الغاصب (أبطله) أى أبطل الملك الموقوف لغيره لأنه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد و البيع بعد ما بطل لا يلحقه الإجازة و كذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله مبطل للملك الموقوف بطروء الملك البات على الملك الموقوف. فإن قيل (١) يشكل على هذا الأصل ما إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً و إن طرأ الملك البات الذي يثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشترى الذى اشتراه منه و هو موقوف قلنا إن ثبوت الملك للغاصب ضرورى لأن الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه فلم يظهر في حق إبطال ملك المشتري. فإن قيل (٢) لو كان الملك البات يبطل الملك الموقوف فأولى أن يمنعه لأن المنع أسهل من الرفع فعلى هذا يجب أن لا ينعقد بيع الفضولي لأن للمالك ملكاً باتاً فيجب أن يمنع الفضولي من الانعقاد لعدم اجتماع الملك الموقوف مع البات. قلنا البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي و المنع انما يكون بعد الوجود أى وجود المعارض ولا معارض هنا بخلاف ما نحن فيه. فإن الملك البات ثبت للفضولي و الملك الموقوف ظهر في حقه فوقع التعارض بين الملكين فيرفع البات الموقوف. و قال (٣) الأكملُ و فيه (٤) نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع و في الحقيقة هو مغالطة

(١) فان قيل الخ. كذا فى الكفاية ص١٩٦ ج٦. (٢) فان قيل الخ. نحوه فى العناية و الكفاية. (٣) قال الأكمل فى العناية ص١٩٦ ج٦. (٤) و فيه نظر الخ. أقول فيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن أن يخفى على أحد لا سيما اذا نظر إلى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد كذا فى السعدية.

و أما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلالٌ و هو الأصح. قال فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز البيع فالأرش للمشتري لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه

فان كلامنا في أن طروء الملك البات يبطل الموقوف و ليس ملك المالك طارئاً حتى يتوجه السؤال. (و أما إذا أدى الغاصب الضمان) هذا جواب عن المسألة الرابعة بيانه أن الغاصب اذا أدى الضمان فلا نسلم أن إعتاق المشترى منه لا ينفذ كما قال محمد رحمه الله تعالى بل (ينفذ اعتاق المشترى منه) أي من الغاصب (كذا ذكره هلالٌ) و هو هلال (١) الرأى بن يحي البصرى صاحب الوقف و من قال إنه الرازي فقد صحف (و هو الأصح) أي نفاذ إعتاق المشتري من الغاصب هو الأصح و فيه إشارة إلى أن فيه إختلاف المشايخ. و قال علاء الدين العالمٌ فى طريقة الخلاف فيه اختلاف المشايخٌ و الأصح أنه ينفذ و إليه أشار في وقف هلالٌ فإنه قال نفذ وقف المشتري من الغاصب إذا ملكه الغاصب بالضمان و الوقف تحرير الأرض كما أن الاعتاق تحرير العبد. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (فإن قطعت يد (٢) العبد) أى فى يد (٣) المشترى من الغاصب (فأخذ) أى المشترى (أرشها ثم أجاز) أى المولى (البيع) أى بيع الغاصب (فالأرش) أى فأرش اليد (للمشترى لأن الملك قد تم له) بعد الإجازة (من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه) قال (٤) الاكملٌ و اعترض بما إذا غصب عبداً فقطعت يده و ضمنه الغاصب فانه لا يملك الأرش و إن ملك المضمون و بالفضولي إذا قال لامرأة أمرك بيدك فطلقت ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطليق و إن ثبتت المالكية لها من حين التفويض حكماً للإجازة. و اجيب عن الأول بأن الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف و هي تندفع بثبوته من وقت الأداء فلا يملك الأرش لعدم حصوله في ملكه. و عن الثاني بأن الأصل أن كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقاً بالشرط لا سبباً من وقت وجوده

---

(١)هلال الرأى. و فى الفوائد البهية ص٢٢٣. هلال بن يحيى بن مسلم الرأى البصرىٌ. قيل له الرأى لسعة علمه وكثرة فهمه كما قيل ربيعة الرأىٌ. أخذ الفقه عن أبي يوسف و زفر رحمهما الله تعالى و أخذ عنه بكار بن قتيبةٌ و له مصنف فى الشروط و أحكام الوقف تداوله العلماء مات سنة خمس و أربعين بعد المائتين. (٢)يد العبد. و فى البحر ص٢٥٥ ج٦. قطع اليد مثال و المراد أرش جراحته للمشترى. (٣)فى يد المشترى. أقول قيد بالمشترى لأن يده لو قطعت عند الغاصب ثم ضمن قيمته لا يكون الأرش له لأن الغصب ليس بسبب موضوع للملك و لو أعتقه المشترى من الغاصب فقطعت يده ثم أجيز البيع فالأرش للعبد كما فى فتح القدير ص١٩٧ ج٦. (٤)قال الأكملٌ فى العناية ص١٩٧ ج٦.

و هذه (١) حجة على محمد رحمه الله تعالى و العذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده و أخذ الارش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى و كذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري و الخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري. بخلاف الإعتاق على ما مر

لئلا يتخلف الحكم عن السبب إلا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع و نحوه فإنه يعتبر سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه إلى وقت الإجازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد و التفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة فعندهما يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة. (و هذا حجة على محمد رحمه الله تعالى) قال الأترازيّ أي كون أرش اليد للمشترى بعد الإجازة حجة عليه يعني لما تم الملك من وقت الشراء حتى كان الأرش للمشتري كان ينبغي أن ينفذ اعتاق المشتري من الغاصب أيضاً عنده لأن الإعتاق يكون حينئذ في الملك و في نسخة شيخي العلاءّ و هذه حجة على محمد رحمه الله تعالى. قال الكاكيّ أي هذه المسألة و في بعض النسخ و هو أي قوله فتبين أن القطع. . إلى آخره و الأول أصح. وجه كونها حجة أن الملك الثابت عنده بطريق الاستناد لا يكفي لنفوذ العتق و يكفي لاستحقاق الأرش و عندهما يكفي لهما و في نسخة الأكملّ و هذه أي كون الأرش للمشتري حجة على محمد رحمه الله تعالى في عدم تجويز الإعتاق في الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الأرش عند الإجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان. (و العذر له) أي لمحمد رحمه الله تعالى قال الكاكيّ أي الجواب عن هذه المسألة. و قال الأترازيّ أي جواب محمد رحمه الله تعالى عن هذا (أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش) و الثابت بالاستناد ملك من وجه دون وجه (كالمكاتب إذا قطعت يده و أخذ الارش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى و كذا) أي و كذا الحكم (إذا قطعت يد المشتري) بفتح الراء و هو العبد (في يد المشتري) بكسر الراء (و الخيار للبائع) الواو فيه للحال (ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري) بكسر الراء (بخلاف الإعتاق) حيث لا ينفذ إعتاق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع (على ما مر) إشارة إلى قوله و المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه. و في النهاية قوله على ما مر و هو قوله و بخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق و قر ان الشرط به يمنع إنعقاده.

(١) هذه –ن– هذا –ن– هو.

و يتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك. قال فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا

و قال (١) الأكملُ و قيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفى الاستحقاق الأرش يعني أن إعتاق المشتري من الغاصب بعد الإجازة لا ينفذ عند محمد رحمه الله تعالى لأن المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه و قوله على ما مر إشارة إلى قوله و المصحح للاعتاق هو الملك الكامل و هذا (٢) أقرب قلت أي أقرب من الوجه الذي ذكره في النهاية. و وجه الأقربية ما ذكرناه و هو الذي ذكره الشراحُ (و يتصدق) (٣) أي المشتري من الغاصب (بما زاد) من أرش اليد (على نصف الثمن) لأن أرش اليد الواحدة في المرء نصف الدية و في العبد نصف القيمة و الذى دخل في ضمان المشتري بمقابلة اليد المقطوعة نصف الثمن و ما زاد عليه لم يدخل في ضمانه فكان ربح ما لم يضمن فيتصدق بالفضل و هو حاصل معنى قوله(لأنه لم يدخل فى ضمانه) أى لأن ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمان المشتري (أو فيه (٤) شبهة عدم الملك) تعليل آخر أى أو فى أخذ الأرش بعد القبض شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم القطع مستنداً إلى وقت البيع و هو ثابت من وجه دون وجه فيكون فيه شبهة عدم الملك فلا يطيب الربح الحاصل به. و قال الأترازىُ و فيه نظر لأنه إذا كان بشبهة العدم اعتبار ينبغي أن يتصدق بجميع الأرش لا بالفضل وحده إنتهى. قلت كان ينبغي ألا يتصدق بشيء بالنظر إلى ثبوت الملك من وجه و لكن لما كان غير ثابت من كل وجه يتصدق بالربح فقط بالنظر إلى عدم ثبوت الملك من كل وجه. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (فإن باعه المشتري من آخر) أي فإن باع المشتري من الغاصب العبد من شخص آخر (ثم أجاز المولى البيع الأول (٥) لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا) أن

(١)قال الأكملُ فى العناية ص١٩٧ ج٦. (٢)هذا أقرب. أقول أى معنى و ان كان أبعد لفظا كذا فى السعدية. (٣)يتصدق أى وجوبا كما فى الدر المختار ص٣٢ ج٢. و فى البحر ص٢٥٥ ج٦. هو ظاهر ما فى الفتح. (٤)أو فيه شبهة عدم الملك. و فى فتح القدير ص١٩٨ ج٦. أورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك فى الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل لأن فى الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور فى بيان شبهة عدم الملك فى الزوائد و لو قيل شبهة عدم الملك انما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن إلا بانفراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا تفيد شيئا و وزع فى الكافى الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا و أخذ الأرش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل فى ضمانه و لو كان أخذ الأرش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود أى الملك حقيقة وقت القطع و انما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه. (٥)البيع الأول. قيد به لأنه لو أجاز بيع المشترى منه وهو بيع عمرو لبكر جاز. قال فى جامع الفصولين رامزا للمبسوط لو باعه المشترى من غاصب ثم و ثم حتى تداولته الأيدى فأجاز مالكه عقدا من العقود =>

و لأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول و البيع يفسد به. بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر. قال فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه و قد فات بالموت و كذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقياً ببقاء البدل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائماً

بالإجازة يثبت للبائع ملك بات و الملك البات إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله (و لأن فيه) أي في البيع الثاني (غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول و البيع يفسد به) أى بالغرر لورود النهي عن بيع فيه غرر. قيل (١) هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه و بيع الفضولي أيضاً لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما و أن لا يجيز و مع ذلك انعقد بيع الغاصب و الفضولي موقوفاً. و أجيب بأن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر إلى الغرر يفسد و بالنظر إلى النفع و عدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملاً بهما. (بخلاف الاعتاق عندهما) أى عند أبى حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى حيث ينفذ اعتاق المشترى من الغاصب بعد الإجازة على قولهما (لأنه) أي لأن الاعتاق (لا يؤثر فيه الغرر) بدليل أن المشترى لو أعتق المبيع قبل القبض يجوز و لو باعه لا يجوز و قد روى (٢) عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يتوقف البيع كما يتوقف الإعتاق. (قال) أى المصنفُ فان محمد رحمه الله تعالى لم يذكر هذه المسألة فى الجامع الصغير و انما ذكرها الشراح فذكرها صاحب الهدايةِ تبعا لهم على سبيل التفريع (فإن لم يبعه المشترى) أى المشترى من الغاصب (فمات) أى العبد (فى يده) أى في يد المشتري (أو قتل ثم أجاز) أى المالك (البيع) أى بيع الغاصب (لم يجز) بالاتفاق (لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه و قد فات بالموت و كذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشترى بالقتل حتى يعد باقياً ببقاء البدل لأنه لا ملك للمشترى عند القتل ملكاً يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح) يعني في البيع الصحيح إذا قتل العبد قبل القبض يمكن إيجاب البدل للمشترى (لأن ملك المشترى ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائماً

=> جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الاجازة فاذا أجاز عقدا منها جاز ذلك خاصة اه و به ظهر أن بيع المشترى من الغاصب موقوف و أما ما فى البحر و النهر عن النهاية و المعراج من أنه باطل فهو مخالف لما فى جامع الفصولين و غيره من الكتب كما حرره الخير الرملىّ فى حاشية البحر كذا فى رد المحتار ص١٥٨ ج٤.

(١)قيل الخ. كذا فى العناية ص١٩٨ ج٦. (٢)قد روى الخ. كذا فى الفتح و الكفاية.

بقيام خلفه قال و من با ع عبد غيره بغير أمره و أقام المشتري البينة على إقرار البائع أو رب العبد انه لم يأمره بالبيع و أراد رد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته و البينة مبنية على صحة الدعوى. و إن أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار فللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الإتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري. قال و ذكر فى الزيادات أن المشترى إذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل وفرقوا أن العبد في هذه المسألة

بقيام خلفه) و هو القيمة و المشترى بالخيار فإن اختار البدل كان البدل له. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من با ع عبد غيره بغير أمره) صورته في الجامع محمد رحمه الله تعالى عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى في رجل با ع عبد رجل بغير (١) أمره فقال المشترى أرد البيع لأنك بعتني بغير أمر صاحبه و جحد البائع ذلك (و أقام المشترى البينة على إقرار البائع أو رب العبد) أي أو أقام البينة على إقرار رب العبد (أنه لم يأمره بالبيع و أراد رد البيع لم تقبل بينته) لأن صحة البينة عند صحة الدعوى و هنا بطلت الدعوى (للتناقض فى الدعوى إذ الإقدام) أى لأن إقدام المشترى (على الشراء إقرار منه) أى من المشترى (بصحته) أى صحة الشراء و أن المبيع ملك البائع (و البينة مبنية على صحة الدعوى) و الدعوى غير صحيحة لما قلنا. (و إن أقر البائع بذلك) أى بأنه باعه بغير أمره عند القاضي أو عند غير القاضي إلا أن البينة تختص بمجلس القاضي فلهذا ذكر (عند القاضي بطل البيع إن طلب المشترى ذلك) أى إبطال البيع (لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار) ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقر بذلك صح إقراره إلا أن الإقرار حجة قاصرة يعنى انما ينفذ فى حق المقر خاصة (فللمشترى أن يساعده على ذلك) أى يوافق البائع على إقراره فإذا ساعده (فيتحقق الاتفاق بينهما) فينفذ عليهما (فلهذا) أى فلأجل ذلك (شرط طلب المشترى) حتى يكون نقضاً باتفاقهما. ثم ذكر المصنف مسألة الزيادات نقضاً على مسألة الجامع الصغير بقوله (قال) أى المصنف (و ذكر فى الزيادات) فى الباب الثالث من الكتاب (أن المشترى إذا صدق مدعيه) يوضحه رجل ادعى على المشترى بأن ذلك العبد له و صدقه المشترى فى ذلك (ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه) أى أن المبيع (للمستحق) أى لهذا المستحق (تقبل) أى البينة و إن تناقض فى دعواه. (و فرقوا) أى المشايخ بين رواية الجامع الصغير و الزيادات (أن العبد فى هذه المسألة) أى في مسألة

(١)بغير أمره.و فى البحر ص٢٥٥ ج٦.قوله "بغير أمره" زائد و ان وقع.فى الجامع الصغير لأنه ليس من صورة المسألة.

في يد المشتري و في تلك المسألة في يد غيره و هو المستحق و شرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالما للمشترى. قال و من باع داراً لرجل و أدخلها المشترى في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى آخراً و كان يقول أولاً يضمن البائع و هو

الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالماً له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لأن شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (و فى تلك المسألة) أي في مسألة الزيادات (في يد غيره) أى العبد المبيع فى يد غيره (و هو المستحق و شرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشترى) و ههنا لم يسلم فله الرجوع لوجدان شرطه. و قال الأترازىّ و لنا فى هذا الفرق نظر لأن وضع المسألة فى الزيادات أيضاً فى أن العبد فى يد المشترى و لئن سلمنا أن العبد فى يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ لأن التناقض فى الدعوى موجود لا محالة كما بينا و مبنى البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة و الأولى ان يقال إن المشترى أقام البينة على إقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فى مسألة الجامع الصغير فلهذا لم تقبل البينة للتناقض و فى مسألة الزيادات أقام البينة على الإقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت البينة انتهى. و قد نقل (١) الأكملُ هذا بقوله قيل في هذا الفرق نظر إلى آخره. ثم قال قال صاحب النهايةِ و لم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر و فيه نظر لان التوفيق فى وضع الجامع الصغير ممكن لجواز أن يكون المشترى أقدم على الشراء و لم يعلم باقرار البائع بعدم الأمر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك و يشهدون به و مثل ذلك ليس بمانع و هذا الموضع موضع (٢) تأمل. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من باع داراً لرجل) أي عرصة غيره بغير أمره. و في جامع فخر الإسلام و معنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالغصب و كذبه المشترى (و أدخلها المشتري في بنائه) يعني قبضها و إنما قيد بهذا لأن المسألة هكذا وقعت (لم يضمن البائع) أي قيمة الدار لمن أقر بالغصب منه (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى آخراً و كان يقول أولاً يضمن البائع و هو

---

(١) نقل الأكملُ في العناية ص٢٠١ ج٢. (٢) موضع تأمل. قلت لا اعتراض و لا تأمل لأنه و ان أمكن التوفيق لم تقبل لكونه ساعياً فى نقض ما تم من جهته و كل من سعي فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه فقولهم إن إمكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما اذا لم يكن ساعيا فى نقض ما تم من جهته كذا فى البحر ص٢٥٦ ج٦.

قول محمد رحمه الله تعالى و هي مسألة غصب العقار و سنبينه في الغصب إن شاء الله تعالى و الله أعلم بالصواب.

قول محمد رحمه الله تعالى و هي مسألة (١) غصب العقار و سنبينه في الغصب) أي في كتاب الغصب (إن شاء الله تعالى) و الله القادر على ذلك. فروع: (٢) عقدان موقوفان أجيزا و توافقا كالبيعين ثبتا و لو تنافيا ثبت أقواهما كالبيع و النكاح و إلا بطلا كالنكاحين. و لو اجتمع بيعان في عقد من فضوليين و أجيزا معاً أخذ كل واحد النصف أو ترك لأن كل واحد شرع في العقد على أن العبد كله له فإذا انتصف يجوز و البيع أحق من النكاح و الإجارة و الرهن حتى لو باعه فضولي و الآخر رهنه أو آجره أو زوجه فأجاز هما المولى جاز البيع و بطل غيره لأن البيع أقوى لأنه يفيد ملك الرقبة و لا كذلك غيره و كل من العتق و الكتابة و التدبير أحق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها و الهبة أحق من الاجارة لأن الهبة تفيد ملك الرقبة و الاجارة تفيد ملك المنفعة و الاجارة أحق من الرهن لأن الاجارة تفيد ملك المنفعة و الرهن ليس كذلك و البيع أحق من الهبة لأن الهبة تبطل بالشيوع ففيما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا و بيع آخر إياه يستويان لأن الهبة مع القبض تساوي البيع في إفادة الملك و هبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل واحد النصف و الله اعلم بالصواب.

---

(١)مسألة غصب العقار هل يتحقق أولا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا فلا يضمن و عند محمد رحمه الله تعالى نعم فيضمن كذا في فتح القدير ص٢٠٣ ج٦. (٢)فروع الخ. نحوه في فتح القدير ص٢٠٣ ج٦.

بعون الله تعالى و كرمه تم الجزء العاشر و يليه الجزء الحادي عشر بمشية الله تعالى وحسن توفيقه و أوله باب السلم.

مسعود احمد غفرله الأوحد
٢٥/٥/١٤٢١هـ